

الخيار وأثره في العقود

مدخل إلى نظرية الخيار
ودراسة فقهية مقارنة لأحكام ٣٣ خياراً

بتأليف
الدكتور عبد الستار أبو غدة

المجلد الأول

مباحث الخيار العامة ، والخيارات الإرادية المشروعة للتروي

الذَّيْبَانِ
وَأَثَرُهُ فِي الْعُقُودِ

الطبعة الثانية

١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

طباعة

مطبعة مقهوي

تلفون : ٢٤٢٢١٦٢ - ص.ب : ٢٠٦ الكويت

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

بمكة المكرمة - مطبعة الامداد

١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥م

طبع مكتب النقياسي - طاب

الخيار وأثره في العقود

مدخل إلى نظرية الخيار
ودراسة فقهية مقارنة لأحكام ٣٣ خياراً

تأليف
الدكتور عبد الستار أبو غدة

المجلد الأول

مباحث الخيار العامة ، والخيارات الإرادية المشروعة للتروي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الطبعة الثانية

كانت الطبعة الأولى من هذا الكتاب عام ١٩٧٥ أشبه بما يخصن للمؤلف في عقود الناشرين من نسخ مخصصة للاهداء ... فقد طبعته آنذاك بكية محدودة مابث أن تبددت بالمتطلبات المعتادة عند التقدم لنيل الدرجات العلمية ، فضلا عما ضاع من النسخ مع ضوال البريد جملة وتفريق .. ثم ما دعت الدواعي لاهدائه للاقران على سبيل التبادل ، أو الى بذله للباحثين الذين اتجهوا في دراساتهم صوب هذا الموضوع مفردين بالبحث خيارا ، أو زمرة ، من مشتملاته .

فلما أحسست - تحت وطء الحاجة - بضرورة تكرار طبعه بادرت الى تهيئة النسخة الوحيدة التي بقيت تحت يدي دون أن أجرى أي تغيير جوهري يخل بما كانت عليه صيغة الرسالة ، فقد قصرت اعادة النظر على التصويبات واحكام الربط بين مقاسم البحث وعناوينه ومراجعته .

هذا وما زالت البواعث التي دفعتني في حينه للكتابة في هذا الموضوع قائمة ، فبالرغم من تنوع الخبرات الاستشارية في التجارة والصناعة ، والفنن البالغ في الوسائل الارشادية التي تصاحب اقتناء الأشياء ، لا يزال المتعامل بحاجة إلى شد أزره بالخيار سواء في ذلك الارادى المكتسب الذي يشترطه العاقد بما فطر عليه الانسان من الحرص على ما ينفعه ، أو الخيار الحكيم الموهوب من الشارع لتوفير الحد الأدنى من أسس التراضي الحقيقي الذي به تتظم حياة الناس فيحصل لهم به الرفق ويرتفع به عنهم الجور .

واني لأسأل الله عز وجل أن يبارك في أوصال هذا العمل وأن يعيطني لخدمة دينه لتقديم المزيد مما يوجه النظر إلى ما في الشريعة الاسلامية من الصيغ الحبيوة التي تعتبر منارات وضوابط تؤدي إلى نزع التنازع وتحمي من غوائل الغرر والغبن والضرر والضرار . وبهذه الضمانات مع مبدأ (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ، تكتمل للناس أسباب الحياة الطيبة التي يهنأ من يحياها ويحمد ما يصير اليه ، والله الهادي إلى سواء السبيل .

عبد الستار ابو غدة

البيان المقدم عند المناقشة

اليان

المقدم فى مناقشة رسالة

« الخبار وأثره فى العقود »

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .
أصحاب الفضيلة الأساتذة الأجلاء حضرات السادة الذين تفضلوا بالحضور إلى هذه القاعة .

وبعد ، فإن عناية هذه الأمة بالفقه فى الدين أمانة على أن الله يريد بها الخير ويلهمها الرشد ، وضمان لها من الارتكاس فى الجاهلية تتبع الأهواء وتمتد الاكف لما تواضع عليه من قبلها - أو بعدها - من الملل والأهم (أفتير دين الله يغيثون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها وإليه يرجعون)

ومن أوكد العناية بالفقه عرض أحكامه بالصورة التى تكشف عما فى دين الله من عمق وأصالة وعما يتسم به شرع الله من عدل وحكمة ، لما فى ذلك من تبين محاسن الشريعة والتصديق العملى لما وسم الله به هذا الدين من الكمال واتمام النعمة به على متبعيه باعتباره الدين المرضى الذى لا سبيل للباطل إليه .

وبالرغم من أن صلوح الشريعة لكل عهد وبيئة أمر مقطوع بثبوته لا يسع المسلم جهله أو انكاره فلا مناص لحملة العلم من تقرير ذلك وإيضاحه عمليا بانتزاع الشبه من الافكار وازاحة الغشاوة عن الأبصار ، ومن جهة أخرى بتخليص المصنفات الفقهية مما حفى بها من عسر وجمود عن مسابقة طرائق العرض الجديدة الميسرة للبحث والاطلاع ، وذلك بتقديم الفقه فى بحوث نقية المضمون حسنة الأسلوب فى شتى المستويات ، بدءا بالمقالات وانتهاء بالموسوعات ، اداء للأمانة التى استرعاه الله العبدون من حملة العلم .

وحين كتب لى أن أسهم فى هذا المجال رأيتنى مشدودا إلى بحث الخيارات وأثرها فى التصرفات فى الفقه الإسلامى ، فقد اخترته موضوعا لهذه الرسالة حين أدركت ما لهذا الباب الفقهي من شأن خطير فى مجال المعاملات ، ذلك أن عماد المعاملات نظرية العقد وأن تلك النظرية تقوم على أن أهم مصادر الالتزام هو العقد ، فالعقد ملزم لعاقده والتصرف مستتب لآثاره من فور ولادته ، إلا أن (الخيار) هو الفرصة المتاحة للعائد للحفاظ من انطلاق قوة العقد فى الالتزام والالتزام فى مسارها المحددة لها من الشارع فى حال الإطلاق : أما لسبب ناشئ من البداية بإرادة العائد قيام خيار مع العقد كلما رأى المعاملة التى يجربها متأرجحة بين تحقيق الخطوة له أو العكس ، وذلك فى الخيارات الإرادية الناشئة . وإما بسبب طارئ حين يظهر فى المعقود عليه أمر جعله الشارع موجبا قيام خيار لجبر الضعف الذى لحق بجانب أحد العاقدين بحيث اختل رضاه . والتراضى هو العمدة فى إباحة التبادل وبراءته من التداول بالباطل من وجوه الكسب .

وبهذا يتضح عظم شأن هذا الجانب من فقه المعاملات ، لأنه الحد الوسط بين إلزام الشخص بالعقود والتصرفات وتحمله آثارها كلما شاء الاقدام على التعاقد ، وبين تركه ضحية للتردد واحتياطه بالكف عن التعاقد خشية الحسرة والتدامة . فبالخيار يتمكن من التعاقد مع ضمان خط الرجعة . هذا فى الخيارات الإرادية أما فى الخيارات التى تثبت بحكم الشرع مباشرة دون تدخل الإرادة فيها عامل آخر من الأهمية فبالخيار فيها مظهر من مظاهر العدل والمساواة بين ذوى الحقوق ، فبالخيارات مشروعة لاقامة العدل بين المتعاملين ، لا بإيجاد التوازن الحسابى بينهم ، فذلك أمر متروك إلى نصيب كل شخص من المهارة (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ولكن هذا لا يميز تركهم هملا يتفارسون جهرة واغتيالا ، والعلاج الحكيم الذى نهجته الشريعة السمحة التدخل كلما لوحظ لجوء أحد الطرفين إلى طرق غير قويمه كالبائع الذى يدلس عيبا فيما يبيعه ويطمع فى تقاضى ثمن مبيع سليم ، أو يموه على المشتري ويغره أو يغبنه بعدما استأمنه . وإن تطور وسائل العيش وتفاوت السلع التجارية وتعقدها فى المظهر والمضمون ، وتعرضها لأنواع من الخلل بأسباب خفية كامنة فيها ، فضلا عن رواج التزييف والغش ، كل ذلك جعل العائد ضعيفا حائرا لا يقدم على المبادلة إلا بعد التروى وإمعان النظر ومشاورة المؤتمن الناصح ، ولا يتم له هذا (بصورة تحفظ عليه فرصة

التعاقد التي أتيت له) إلا بالخيار ، إذ قد تضيق فترة التعاقد أو المساومة عن استيعاب طرائق التثبيت من صلوح الشيء للحاجة أو حصول التكافؤ بين البذل والمبدل ، فضلا عما تكشفه طوارئ التعاقد اللاحقة بحيث تززع الثقة التي ابنتى عليها التعاقد أو تخدش طابع السلامة المفترضة أو تخل بالרגائب المشتركة ، وهذه العوارض ليس من مصلحة الطرفين إن تجتاح العقد من جذوره بالابطال الجازم ولا أن تدعه سليما يغتبط به من أساء صنعا ويكون على التعاقد الآخر عبثا لا متجاة له منه . فلم يبق إلا أن يتصف العقد بعدم اللزوم وينجم من شيئت ارادته (خيارا) يحق له به التمسك بالعقد أو تقويضه . وبالرغم من فرط أهمية الخيارات لم تنشر فيها كتابة مستقلة شاملة لها من جهة ، ولا مستهدقة تقعيد احكامها وتكوين نظرية لها أو مدخل لتلك النظرية من جهة أخرى بالتعميل على الجوانب العامة . والتفتيح عن الخصائص التي تتركز إليها الأحكام . كما أنه لم يسبق استيعاب الخيارات فى الدراسة فلم يزد ما درسوه منها عن بضعة عشر فى حين تناولت هذه الرسالة بالدراسة المفصلة بضعة وثلاثين خيارا . معظمها غادره المصنفون أو ذكروه متناثرا فى مواطن شتى يعسر الاهتداء إليها .

والخطوة التي ترسمتها فى كتابة هذا الموضوع تقوم على الفصل بين احكام الخيار كمبدأ عام (أو نظرية) وبين احكام الخيارات كتطبيق لتلك النظرية ، وقد استدعى ذلك : التصدير بذكر مباحث الخيار العامة لدراسة ماهية الخيار وتقسيمه وآثاره التشريعية ، ثم الاقبال على تلمس الأساس الذى ينطلق منه الخيار والخصائص المكتسبة بسببه ، والموقع الفقهي الذى نزل مع ما لذلك من اعتبارات وسيات ، ولم تنتقل الدراسة إلى صعيد آخر قبل التمييز الكاشف للخيار المراد بحثه لاقضاء ما اختلط به لتشابه الصورة او نازعه المهمة بحسب الظاهر وبإدى الرأى .

وبعد الفراغ من البحوث التي تسرى فيها روح العموم والشمول شرعت فى دراسة الخيارات ليس كيفما اتفق ، ولا بحسب أهميتها العملية أو غزارة مادتها أو انقسامها إلى حكى وارادى بل جعلت من الخيارات زمرا يقرن فيها الخيار بنظرائه لما بينها من وحدة فى الغاية والسبب وتقارب فى الطبيعة والاحكام. فبدأت بالخيارات المشروعة للتروى وتدبر المعاملة قبل الالتزام بآثارها وذلك كخيار المجلس وخياري الرجوع والقبول وخيار الشرط ثم عالجت زمرة الخيارات التي شرعت لاستدراك ما فات التعاقد من سلامة المبيع من العيوب وما هو بمعناها كضيق الصفقة بأى صورة حصل ، ثم عطف

إلى الخيارات الناشئة لتلافي وقوع الجهاالة فى نواح من العقد كخيار الرؤية وخيار التعيين وخيارى كمية الثمن وكشف حال المقياس. ثم تناولت زميرتين من الخيارات احدهما تمنح للعائد كلما تعرض للتغريب بفعل فيه تضليل أو قول فيه كذب وخديعة كخيار النجش الذى يقبض فيه البائع شخصا يتقصص صورة المشتري بثمن كبير مع أنه لا يريد الشراء بل بهدف توريث المشتري ، وكذلك خيار تلقى الركيان وهم الغرباء عن البلد ، والزمرة الأخرى خيارات تثبت لوقوع الغبن فى غير البيوع الحرة كغبن المسترسل إلى البائع المستأمن له ، وغبن القاصر . ثم زمرة خيارات خيانة المشتري الذى أقدم على العقد دون مماكسة بل اعتمد رأس المال ليشتري بالمراجحة أو بالمساواة أو بالخطيطة عن الثمن الأول ثم ظهرت خيانة البائع لما أوّمن عليه . وعقدت بابا للخيارات التى مبعثها اخلاف العائد لما وقع الاتفاق عليه ، كفوات وصف مرغوب فيها أو تخلف الشرط ، أو تفاوت المقدار الملتزم به فى العقد .

وقد ارتبط بتنفيذ العقد زميرتان من الخيارات احدهما لاختلال التنفيذ بتأخير الثمن أو احتباس منفعة المبيع بأمر يعوق تصرف المشتري والأخرى لامتناع التسليم للثمن أو المبيع كخيار النقد

ومعظم ما ذكرته خيارات عملية يجرى بها تعامل الناس دون تسميتها بأسمائها أو مراعاة أحكامها ، وبعضها غمّي على المتعاملين أمرها فوقعوا فى حرج لا يدفعه إلا لوأدهم بخيار يغنيهم عن الصورة البديلة التى تبتعد بهم عن نهج الشريعة . ولم آل جهدا فى مراعاة التسلسل المنطوقى فى التوبوب ودقة الانتقال من مقسم إلى ما يتلوه أو يوازيه لتمكين المطلع من الربط وادراك الصورة الكاملة لكل خيار فى فصله ولكل زمرة فى بابها المقود لها ، كما يتضح من الفهارس .

وقد التزمت أن أربط تلك الخيارات بالواقع العملى معولا على العلل التى تدور عليها الأحكام ، ومنوها بالأعراف المعتبرة شرعا مع التنديد باتجاهات جمد فيها بعض المصنفين على صور من الاعراف دونت لمصلحة موقوفة فحسبوا أنها صارت قواعد شرعية ثابتة ، ومن الأمثلة البارزة لذلك فى خيار العيب : صور العيوب فى الأشياء ، وفى خيار الرؤية مفهوم الرؤية وما ينبو عنها ، وأثر العرف فى ذلك وأشباهه . كما عُنيت بالكلام عن مشروعية كل خيار واستعراض حجج المثبتين والنفاة لتأييد شرعيته أو

المنازعة فيها وما يقتضيه ذلك من تخريج الأحاديث والآثار ، ومقابلة كل دليل بما أورد عليه لتذهب الأدلة الداحضة جفاء ، ويمكث ما فيه نفع وقابلية للبقاء وجدارة بالرجحان من أى مذهب كان. وبعد الفراغ من أمر المشروعية استعرضت الخيار منذ ولادته إلى انتهاء أجله أو انتقاله إلى الوارث وشبهه مع الإشارة إلى معالم الخيار فى ساحة القضاء فى التقنيات الشرعية أو الوضعية .

وقد رجبت هذه الرسالة صدرا بجميع المذاهب المعمول بها - والتي لا بد من الاغتراف منها جميعا لحسن تمثيل الفقه الاسلامى - مع الاهتمام بالخلافات من فقه السلف ، وعولت فى استقاء الأحكام على كتب المذاهب الأصلية المعتمدة وبخاصة تلك المشتملة على الأدلة والعلل ، مع الافادة من كتب الفقه المقارن والفقه العام لخصر المواقف واستخلاص سبب الخلاف وتأثيرت فى عرض المذاهب بتمثيل الاتجاهات الفقهية وادراج المذاهب تحتها بما يقتضيه ذلك من اشتراك فى الاستدلال ونماثل أو تقارب فى الفروع. وسواء رافق ذلك استقصاء المذاهب الثمانية (وهى الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، والزبيدي والامامي والاباضي والظاهري) أو معظمها مع عقد المقارنة واستخلاص وجوه الخلاف والوفاق . وحرصت على العزو الجزئى لكل مسألة أو نص توثيقا للنقل مع التعقيب والمناقشة كلما اقتضى المقام ذلك وأثبت المراجع وبيان طبعاتها بآخر الرسالة . ويرث قولنا وعملا من التعصب المذهبي تحقيقا لأمانة النقل وسلامة المناقشة وجدارة الترجيح. ولم تكن العناية فى الحجج والأدلة أقل منها فى عرض المسائل والأحكام ، لأن الفقه الحق هو المحفوف بالأدلة ومنازع الاستنباط ، وإلا كان حشر المسائل عارية عن أدلتها ضريا من الارهاق للعقل والتحجير على الفكر واتباع ما وجد عن الأكباء واقتفاء آثارهم مع اغراض الطرف عن البواعث والعلل فيها ذهبوا إليه من مذاهب .

وأختم كلمتى هذه بالاعراب عن جزيل الشكر. وخالص التقدير لأستاذنا العلامة المحقق فضيلة الشيخ الدكتور عبد الغنى محمد عبد الخالق لتفضله بالاشراف على هذه الرسالة والاطلاع عليها بالرغم من أعبائه الكثيرة .

وأعرب عن شكرى وتقديرى لفضيلة الأستاذ الدكتور/السيد خليل الجراحى
ولفضيلة الأستاذ الدكتور محمد أنيس عبادة لتفضلها بالاطلاع على الرسالة ودراستها فى
رحمة أعمالها العلمية الكثيرة . وأكرر شكرى لهذه اللجنة الكريمة بمحتمة وأتقبل
بالاصفاء والتقدير والشكر المعجل لكل ما تبديه من ملاحظات معتبرا ذلك هدية علمية
قيمة ودرا للاحقا بالدروس التى تلقيناها منهم ومن أمثالهم من العلماء والمربين . كما
أزجى شكرى لكل من تفضل بالحضور إلى هذه القاعة فى هذه الليلة المباركة من شهر
رمضان داعيا الله أن يحاسب تلك الساعات من مجالس الذكر لتدارس فقه كتاب الله
وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم والاشتغال بما استنبط منها من الفقه الاسلامى العظيم
وأسأل الله دوام التوفيق لخدمة دينه ورعاية شرعه

والسلام عليكم ورحمة الله .

تقرير لجنة المناقشة

تقرير عن

رسالة الخيار وأثره فى العقود

لنيل درجة الدكتوراة فى الفقه المقارن مقدم من أعضاء لجنة المناقشة

حضرة صاحب الفضيلة ، الأستاذ الكبير : عميد كلية الشريعة والقانون
(حفظه الله) سلام الله عليكم ورحمته ، وأمانه وبركته .
وبعد :

ففى الساعة الثامنة من مساء يوم الاثنين : السابع عشر من شهر رمضان سنة ١٣٩٥ هـ ، والثانى والعشرين من شهر سبتمبر سنة ١٩٧٥ م - نوقشت رسالة « الخيار ، وأثره فى العقود » ، التى قدمها الشيخ : « عبد الستار عبد الكريم أبوغدة » ، لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه المقارن ، مناقشة علنية بإحدى قاعات الكلية . وكانت لجنة المناقشة مكونة من الأساتذة : الشيخ السيد خليل الجراحى ، والشيخ محمد أنيس عبادة ، والشيخ عبد الغنى محمد عبد الخالق .

وانها لرسالة من النوع الخطير القوى ، والطريف الغنى ، تمتاز بمخطورة موضوعها ، وجودة صنعها ، ودقة بحثها ، وروعة أسلوبها ، ووفرة عناصرها وحسن ترتيبها ، وجمال تنسيقها ، وسلامة طبعها . مع صحة المعلومات ، وصدق الاحالات ، وكثرة المراجع الأصلية ، والمصادر الوثيقة ، والمقارنة التامة فى القضايا الفقهية ، والمسائل الخلافية ، والأمور الاصطلاحية .

وهى واقعة فى مجلد ضخم ، بلغ عدد صفحاته نحو ٦٠٨ من الصفحات الكبيرة .

وقد حدد صاحبها - فى بدايتها - موضوعها ، وميزه عن غيره من سائر

الموضوعات الفقهية . وبين أهميته وخطورته ، وفائدته وثمرته ، وسبب اختياره .
ذاكرا : أنه دعاه إلى اختيار الكتابة فيه ما له من أهمية عظيمة في التشريع ، وما يسد من
حاجة زمنية ملحة إليه لما فيه : من خصيصة القصد بين الشدة واللين ، والتوسط بين
الارتجال والتقاعس .

وبين ذلك بيانا شافيا ، قال في آخره : « ولقد وجدت في الخيارات الكثيرة
مادة خصبة لتقيد سلطان الإرادة العقدية ، ورأيت في كثيرها - التي ترم بها بعض
الكتاب في الفقه - تربة صالحة لحياء ما كان منها عمليا ، تمهيدا لاستنبات خيارات
مستحدثة تحل مكان ما يجرى التعامل به : من صور بديلة لا تسلم من مؤاخذات
شرعية » .

ثم قال : « وبالرغم من فرط أهمية الخيارات ، لم تنشر فيها كتابة مستقلة شاملة
لها من جهة ، ولا مستهدفة تقعيد أحكامها ، وتكوين نظرية لها أو مدخل لتلك
النظرية - من جهة أخرى . »

« أما استهداف تقعيد أحكامها ، فإن الذين كتبوا في الخيارات لم يزدوا على
التمهيد لها بمباحث صغيرة عن حكمة مشروعيتها ، وتعريف لفظ « الخيارات » ، عموما .
وان توسع ناس منهم ، ذكروا في مكان واحد أحكام ارث الخيارات الثلاثة
(الشرط ، والعيب ، والرؤية) بالمقارنة بينها . والمقارنة غير التحويل على الجوانب
العامة ، والتنقيب عن الخصائص التي تتركز إليها الأحكام . »

« وأما استيعاب الخيارات في الدراسة ، وخاصة غير الثلاثة المبوبة ، فإنه لم
يحصل حتى بالتعداد . إذ لم يعد العلامة ابن عابدين - وهو في صدد أن يحصيها عددا -
سوى سبعة عشر خيارا للحنفية ، مع اشارته إلى أنها تبلغ الثلاثين . ولم يذكر صاحب
« الأثر » ، من الزيدية ، سوى ثلاثة عشر خيارا . »

وكذلك الامامية : فقد استقصاها صاحب « اللعة » منهم ، فجعلها أربعة
عشر ، وفيها ما لم يأخذ به أصحاب المذاهب الأربعة . ومعظم من كتب في الخيارات .
كتابة حديثة ، اقتصر على أحد الثلاثة المبوبة ، أو جمع بينها وزاد عليها بضع خيارات
غيرها . وصدق ذلك على العلامة الشيخ : أحمد ابراهيم بك ، في كتابته المستقلة
الموجزة ، عن العقود والشروط والخيارات (المذكورة) : في بحث مستقل ، نشر بمجلة

القانون والاقتصاد : ص ٦٤٧ - ٧١٢ . وهو مطابق لما كتبه - بعدئذ - عن الخيارات ، فى كتابه : المعاملات الشرعية المالية ، الذى ألفه سنة ١٩٣٦ م . مع تفرقه أحكام الخيارات فى موطنين ، باعتبار جريان خيارات الشرط والعيب والرؤية ، فى عقد البيع وغيره - ص ١٠٢ ، ١١٦ . ونحو هذا صنيعة فى مذكرته عن الالتزام (ص ...)

ويصدق هذا على ما جاء عرضا فى عدد من الكتابات الحديثة عن نظرية العقد .

ثم قال : « وأنا أجتزئ بهذه الإشارة إلى إعواز موضوع الخيار عامة والخيارات المسماة (ال : الجزئية) ، إلى نشر بحث مستقل ... » .

ثم بين أغراض دراسته الخاصة لهذا الموضوع : من لقاء الضوء على الخيارات عامة ، ومن تجميع الخيارات فى زمر تنظم النظائر والأشباه ، ومن التركيز على فكرة الخيار بصورة عامة مستقلة عن الخيارات ، وتقصي ما يتصل بالخيار من بحوث ومبادئ فقهية بعضها أدرجته المراجع الفقهية فى ثنايا الخيارات ، وبعضها يجتذب من مباحث العقود وخاصة عقد البيع . مع التحويل على ما فيه روح العموم والشمول ، لا الجمع التاليفي الذى لا تستعصى عليه قضية .

ثم بين طريقة بحثه ، وأشار إلى مصادر استمداده ، وذكر محتويات رسالته التى عقد لبحثها وتفصيل القول فيها ، عشرة أبواب رئيسية ، على أكبر جانب من الأهمية :

١ - عقد الباب الأول ، للكلام على مباحث الخيار العامة :

وهو مشتمل على أربعة فصول : (أولها) فى بيان ماهية « الخيار » وحقيقته واثبات مشروعيته ، وبيان أقسامه وفائده . (وثانيها) فى الكلام على قاعدة الخيار وخصائصه . (وثالثها) فى الكلام على الموقع الفقهى للخيار .

٢ - وعقد الباب الثانى ، للكلام على زمرة خيارات التروى :

وهو مشتمل على خمسة فصول (أولها) فى خيار المجلس ، (وثانيها) فى خيار الرجوع ، (وثالثها) فى خيار القبول ، (ورابعها) فى خيار الشرط - (وخامسها) فى خيار

الحيوان (كما انفرد به الامامية ، ومرادهم به : حق مشترى الحيوان في الرد خلال مدة معينة ، هي : ثلاثة أيام . وهو - عندهم - غير خيار المجلس الذي أخذوا به ، وغير خيار العيب) .

٣ - وعقد الباب الثالث ، للكلام على زمرة خيارات التقبض : وهو مشتمل على ثلاثة فصول : (أولها) في خيار العيب ، (وثانيها) في خيار الاستحقاق ، (وثالثها) في خيار تفرق الصفقة .

٤ - وعقد الباب الرابع ، للكلام على زمرة خيارات الجهالة : وهو مشتمل على أربعة فصول : (أولها) في خيار الرؤية ، (وثانيها) في خيار الكمية (أو : خيار معرفة قدر الثمن) ، (وثالثها) في خيار كشف الحال (أو خيار معرفة مقياس البيع) ، (ورابعها) في خيار التعيين (أو : خيار التمييز) .

٥ - وعقد الباب الخامس ، للكلام على زمرة خيارات التغير (أو التدليس) : وهو مشتمل - كذلك - على أربعة فصول : (أولها) في خيار التدليس الفعلي بالتصرية وغيرها ، (وثانيها) في خيار التغير القولي ، (وثالثها) في خيار النجش (الزيادة في ثمن السلعة ، مع عدم ارادة الشراء ، لترغيب الغير فيها) ، (ورابعها) في خيار تلقي الركبان .

٦ - وعقد الباب السادس ، للكلام على زمرة خيارات الغبن :

وهو مشتمل - أيضا - على أربعة فصول : (أولها) في الكلام على « الغبن » بوجه عام : من بيان حقيقته ، وضابطه المعترف بشرطه ، والخيارات المرتبطة به ، وموجب خياره . (وثانيها) في خيار غبن المساومة (المجرد عن التغير) (وثالثها) في خيار غبن المسترسل (المستسلم لبائعه كما عرفه المالكية ، أو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعه كما عرفه الحنابلة) ، (ورابعها) في خيار غبن القاصر وشبهه .

٧ - وعقد الباب السابع ، للكلام على زمرة خيارات الأمانة : وهو مشتمل على خمسة فصول : (أولها) في بيع الأمانة وخياراتها وطبيعتها ، (وثانيها) في خيار المراجعة ، (وثالثها) في خيار التولية ، (ورابعها) في خيار الاشراك (أو : التشريك) ، (وخامسها) في خيار المواضعة (أو : المحاطة) .

٨ - وعقد الباب الثامن ، للكلام على زمرة خيارات الخلف :
وهو مشتمل على ثلاثة فصول : (أولها) فى خيار فوات الوصف المرغوب ، (وثانيها)
فى خيار فوات الشرط ، (وثالثها) فى خيار اختلاف المقدار .

٩ - وعقد الباب التاسع ، للكلام على زمرة خيارات اختلال التنفيذ :
وهو مشتمل على فصلين : (أولهما) فى خيار التأخير للثمن ، (وثانيها) فى خيار
الاحتباس بحق الغير (أى : ظهور البيع مؤجرا ، أو مرهونا ، أو مزروعا) .

١١ - وعقد الباب العاشر ، للكلام على زمرة خيارات امتناع التسليم :
وهو مشتمل على أربعة فصول : (أولها) فى خيار النقد - وهو : حق يشترطه
العائد للتمكن من الفسخ ، لعدم النقد . - (وثانيها) فى خيار تعذر التسليم ، (وثالثها) فى
خيار تسارع الفساد ، (ورابعها) فى خيار التفليس .

ولقد قام الباحث الفاضل - فى كلامه على مباحث هذه الأبواب
العشرة - بكل ما يتطلبه البحث الدقيق العلمى ، والجمع الشامل الغنى .
فعرف « الخيار » العام ، وبين أقسامه المتنوعة ، وشرح حقيقة سائر الخيارات الجزئية التى
وقف عليها وتعرض لبحثها ، وبين أحكامها عند القائلين بها ، ومواطن الخلاف فيها
وذكر الأقوال المتعلقة بها من المذاهب الأربعة وغيرها ، وقرر أهم أدلتها وأورد
الاعتراضات الواردة على الكثير منها ، واختار قويا ، ورجح صحيحها ، وفصل الكلام
فى ذلك كله تفصيلا جيدا لا نظير له ، ولم يسبق إليه ، ويشهد له بالخبرة التامة ،
والإحاطة العامة ، وطول الباع ، وسعة الاطلاع . مع تخرج الأحاديث وسائر الشواهد
التي أوردتها واستشهد بها ، على وجه فنى ، وشكل تفصيلى ، يخط عليه .

ثم قام بوضع فهرسين عظيمين : (أولهما) مصادر الرسالة ومراجعها ، التى رجع
إليها ، واعتمد فى أحكامها عليها . وقد ذكرها مرتبة حسب الفنون ، ثم حسب
الحروف . وقد بلغت نحو ١٧٥ مرجعا قيماً أصيلا ، قديما أو حديثا ، مخطوطا أو
مطبوعا . (وثانيها) لموضوعات الرسالة الاجالية والتفصيلية ، أو الكلية والجزئية .

وكلاهما مفيد للغاية ، دال على الخبرة والبراعة ،

ثم أما بعده فهذا موجز عن موضوع الرسالة ومحتوياتها ، وسائر أعمال صاحبها
فيها . نرجو أن يكون قد أعطى صورة صحيحة عنها .

ولقد وفق صاحبها فى اختيار موضوعها ، وفى صنعها ، وجمع شتاتها ، وترتيب عناصرها ، وتبويب مباحثها ، وفى ترجمة معانيها ، وصوغ عباراتها توفيقاً عظيماً فى غاية الظهور ، يدل على مجهوده الجبار ، وإخلاصه الزائد وإطلاعه الواسع ، وإدراكه الراعى ، وتمكنه من البحث ، وقدرته على العمل ، وتفنته فى التعبير . فلا غرو أن كانت الرسالة فريدة فى بابها ، فذة فى صنعها ، جامعة لسائر عناصر وجزئيات موضوعها ، مما لم يتحقق من قبل ، فى كتاب أو بحث مستقل . والفضل لله سبحانه .

وانها لتعتبر بحق مدخلاً صحيحاً لنظرية الخيار فى الفقه الإسلامى ، حيث فصلت القول فى بضعة وثلاثين من الخيارات المختلفة ، مع الاجادة البالغة .

ولقد ناقشته اللجنة فى الكثير من مباحثها العلمية ، وأمورها الشكلية ، فظهر لها - فى وضوح - رجحان عقله ، وبيان فضله ، وفهمه لما قرره ، وثبته مما كتبه وحرره .

ولم تأخذ عليه خطأ علمياً أو مطبعياً ، ولا تقصيراً فنياً أو شكلياً . وإن كانت قد أخذت عليه أنه قد استشهد بعبارات علمية ، مشتملة على صيغ فنية ، تحتاج إلى شيء من التوضيح ، ليتمكن كل قارئ من فهمها ، ويعم النفع بها . وهو أمر لا يغض من حسننها ، ولا يحط من قدرها . وقد وعد بتداركه وتلافيه عند طبعها ونشرها .

وقد امتازت هذه الرسالة بمحاسن ظاهرة ظهور الشمس ، يبيدها الميآن - ويدركها الحس وقد ذكرنا بعضها ، وأشرنا إلى غيرها . فلا داعى لتكرار ذكرها ، والتطويل بسردها .

فاقترحت اللجنة - بإجماع الآراء - أن يمنح صاحب هذه الرسالة ، الأستاذ الفاضل الشيخ : « عبد الستار عبد الكرم أبو غدة » السورى الجنسية . درجة العالمية (الدكتوراه) فى الفقه المقارن ، مع مرتبة الشرف الأولى ، وأن توصى إدارة جامعة

الأزهر بطبعها ونشرها ، وتبادلها مع الجامعات المصرية وغيرها لتفاستها وجودتها ، وعظم
فائدتها . والله الموفق المعين ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، ، ،

فى ١٨ من رمضان سنة ١٣٩٥ هـ . ٢٣ من سبتمبر سنة ١٩٧٥ م .

السيد خليل الجراحى	محمد أنيس عبادة	عبد الفتى عبد الخالق
عضو لجنة المناقشة	عضو لجنة المناقشة	عضو لجنة المناقشة
والمشرف على اعداد الرسالة		

اختيار
وأثره في العقود

المقدمة

موضوع الرسالة - أهمية الموضوع -

أغراض الرسالة - طريقة البحث -

خطة البحث .

الحمد لله حق حمده ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم رسله ،
والرحمة والبركات على آل بيته ، والرضوان عن أصحابه وتابعيهم بإحسان ، والجزاء
الحسن للأئمة المجتهدين .

موضوع الرسالة :

لابدّ لأدراك موضوع الرسالة ادراكا تاما من التذكير بما تعارف عليه الفقهاء
من تقسيم (الفقه) تقسيما تأليفيا^(١) إلى سبع زمر ، وذلك بعد الاقتصار من أحكام
الدين والشرع على الجانب العملي ، دون الاعتقاديّ والخلقي ، وهذا التقسيم الآتي
يستوعب شئون الحياة العملية كلها ، ملبيا حاجات البشرية جمعاء ، عمقاً صلاحية
الشرعة الاسلامية لإيجاد المجتمع المثالي أولاً ، ثم للحاكمية والفصل فيما يشجر بين
أفراده وجماعته من نزاع أو خصومات ثانياً^(٢).

وفروع هذا التقسيم التأليفي هي :

- ١ - العبادات .
- ٢ - أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) .
- ٣ - المعاملات المالية .
- ٤ - أحكام الامامة الكبرى (الأحكام السلطانية) ، وتشمل بالاصطلاح
الحديث : الحقوق الدستورية والادارية .

(١) المراد من التقسيم التأليفي ما يجمع فيه النظر إلى نظيره وهو هنا في أبواب الفقه ومساائله المشاكلة . وسبب
التقييد به كثرة التقسيمات للفقه باعتبارات مختلفة .

(٢) في المذهب الأول جاء قوله تعالى : « من عمل صالحا ، من ذكر أو أنثى ، وهو مؤمن فلنجينه حياة طيبة »
النحل / ٩٧ وفي الثاني قوله سبحانه : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم . . . » النساء
٦٥/ .

- ٥ - أحكام الجهاد (السير) وهي ما يطلق عليه الآن (الحقوق الدولية) .
- ٦ - العقوبات ، الشاملة للحلود والقصاص والتغاير .
- ٧ - المرافعات ، الشاملة للدعاوى وطرق الاثبات وطرق القضاء^(١) .

فإذا اتخذنا من هذا التقسيم منطلقا لتلمس موقع هذا البحث فيه وجدناه ينبثق من زمرة (المعاملات المالية) وقوامها العقود والتصرفات التي يجريها الأشخاص بقصد المبادلة ونحوها من الأغراض لتأمين حاجات التعايش البشرية في ظل حياة اجتماعية آمنة .

وان من شأن العقود من بيع واجارة وشركة ونحوها ، أن تكون لها قوة ملزمة فورية ، وهي بمثابة العهد الضمني باحترام آثار العقد والوفاء بالتزاماته ، وفقا لما تقتضى به هذه الآية الكريمة الفاذة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والآية المعززة لتلك مع بيان الجزاء « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » ثم الآية الجامعة منه أحد عناصر الفلاح : « والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون »^(٢) ومفاد هذه الآيات أن يكون العقد ملزما لعاقده ، بحيث يفقد سلطته في التفضي منه ولو أصبح عبثا عليه وخسارة محققة فليس له أن ينقض موافقه أو يخلّ بمقتضاه .

وهنا يأتي موطن الخيارات باعتبارها فرعاً من فروع نظرية العقد العامة ، والخيار معناه : تحويل العاقد ، في ظروف محددة ، سلطة الرجوع عن العقد ، أو التحلل منه . وبعبارة أخرى : هو أحوال محددة تثبت بالاشتراط أو بتحويل الشارع من شأنها جعل مشيئة العاقد حكما في امضاء العقد أو الانسحاب منه . ولا يغني عن (الخيار) في تحقيق خصائصه شيء من النظريات الأخرى كما سنرى عند مقارنته بها .

فالخيارات تقوم بنقل العقد من الحتمية (أى اللزوم بالتعبير الفقهي) إلى التردد (عدم اللزوم ، أو الجواز) فتكسب العقد مرونة لم تكن فيه من قبل . وهذا النقل أحيانا يكون مباشرا بحكم الشارع ، وأحيانا يتطلب سبق التحفظ من العاقد بادراج شرط لمنع لزوم العقد أو للحصول على أكثر من مقتضاه الأصلي ، في حال الاطلاق ، فهذا النوع

(١) المختارات الفتية في تاريخ التشريع الاسلامي ، ص ٢٥ المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ٢ / ف / موسوعة الفقه الصادرة عن المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ١ / ٤٢ .

(٢) سورة المائدة / ١ ، وسورة الامراء / ٣٦ ، وسورة المؤمنون / ٨ .

يتوقف على ارادة العاقد الذى قد يوجس خيفة من رأيه المرتجل السريع فيتريث ليعيد النظر ويشاور قبل ابرام العقد .

أهمية موضوع الخيار :

دعاني إلى اختيار هذا الموضوع ما له من أهمية عظمى فى التشريع ، وما يسد من حاجة زمنية ملحة إليه ، لما فيه من خصيصية (القصد) بين الشدة واللين ، والتوسط بين الارتجال والتعاس . بيان ذلك أن المعاملات المالية التى هى عصب الحياة المادية ومحور الاقتصاد تقوم على نظرية العقد ، فهى العمود الفقري لها فى الدراسات الفقهية والحقوقية . وقد أدى ما حظيت به من اهتمام وما لقيته من عناية إلى أن تفسح المجال أمام بعض فروعها لتنمو وتبرز حتى كادت تضاهيها فى الأهمية ، ومن الأمثلة على ذلك موضوعات (سلطان الإرادة ، والشروط العقدية ، والعقد الموقوف ، والفسخ ...) والمجال مفتوح أمام فروع أخرى ، كهذا الموضوع ... وأن نظرية العقد فى روحها العامة تنصب على الجانب الإيجابى وتتطلب زيادة القوة الإلزامية للعقد الأما يكون من اقتران العقد بالشروط أو الخيار ، فإن لذلك أثره فى التحفظ من انطلاق قوة العقد فى الالتزام والالتزام فى مسارها المحددة لها من الشارح فى حال الإطلاق . لكن نوع التحفظ يختلف فى الشروط عنه فى الخيارات ، فالشروط التى تقترن بالعقد تهدف إلى تعديل مقتضى العقد بتطلب أمر زائد فيه منفعة للعاقد ، أما الخيارات فإن التحفظ فيها بسلب لزوم العقد وتجميد مفاعيله ، لسبب ناشئ من البداية بارادة العاقد قيام خيار مع العقد ، أو بسبب طارئ حين يظهر فى المعقود عليه أمر جعله الشارع موجبا قيام خيار لجبر الضعف الذى لحق بجانب أحد العاقلين .

وللدلالة الدقيقة على أهمية نظرية الخيارات فى مجال المعاملات لابد من الإشارة إلى أن هناك اتجاهين فقهيين لإزاء سلطان الإرادة العقدية :

أحدهما - يعنو لهيمنة العقد ولا يتيح مجالاً لتعديل آثاره أو حيس قواه بعد التعبير عن ارادة العاقلين بصدور الإيجاب والقبول والاتفاق على ولادة التصرف الحقوقى ..

الاتجاه الآخر - يستجيز التدخل لتلين ما فى العقد من صلابة فى صورته الصماء ، ولزحزحة مقتضاه الأصيل الذى لا يعبأ فيه بملايسات التعاقد وطوارئه .

وإذا نظرنا إلى المذاهب الفقهية وجدناها قد آثرت مراعاة أحد الاتجاهين فدانت له حتى اصطفت مواقفها وتفرعاتها بصبغته ، مع أن المأمول هو الاتجاه الوسط ، وفي سبيل الوصول إليه تخلت المحاولات التشريعية ومواقف الترجيح والاختيار عن التحيز إلى أحد الاتجاهين المتنازعين وعكفت على تضيق شقة الخلاف والأخذ من كل منها بنصيب حتى يكسر حرّ أحدهما برد الآخر ، فيتم الوصول إلى الموقف الوسط وهو اتجاه جديد يجتذب إليه محاسن الطرفين ويتخفف مما فيها من أوزار .

ومن هنا نشطت البحوث الجديدة في فروع معينة من نظرية العقد كالمشروط ، والفسخ ، والعقد الموقوف ، والاقالة ، ولا تقل عنها في الأهمية (الخيارات) بنوعها الارادى الثابت بالاشتراط ، والحكمى الذى يتدخل الشارع فيشبهه ويكفي العاقد مثونة المطالبة به .

وان تطور وسائل العيش وتفاوت السلع التجارية وتعقيدها في المظهر والمضمون وتعرضها لأنواع من الحلل بأسباب خفية كامنة فيها ، فضلا عن رواج التزييف والغش ، كل ذلك جعل العاقد ضعيفا حائرا لا يقدم على المبادلة إلا بعد التروى ، وامعان النظر ، ومشاورة المؤتمن الناصح ولا يتم له هذا (بصورة تحفظ عليه فرصة التعاقد التى أتيحت له) بالخيار ، إذ قد تضيق فترة التعاقد أو المساومة عن استيعاب طرائق الثبوت من صلوح الشيء للحاجة أو حصول التكافؤ بين البذل والمبدل ، فضلا عما تكشفه طوارئ التعاقد اللاحقة بحيث تزعزع الثقة التى ابنتى عليها التعاقد ، أو تخدش طابع السلامة المفترضة أو تحل بالרגائب المشترطة . وهذه العوارض ليس من مصلحة الطرفين أن يحتاج العقد من جذوره بالابطال الجازم ولا أن تدعه سليما يقتبط به من أساء صنعا ويكون على العاقد الآخر عبئا لا منجاة له منه ، فلم يبق إلا أن يتصف العقد بعدم اللزوم ونعش من شيبته ارادته (خيارا) يحق له به التمسك بالعقد أو تقويضه ، وهذا الحل هو الأمثل ، لتخففه من كثير من القيود فى صيغ أخرى ، كالبطلان أو الفساد أو التوقف .

ولقد وجدت فى الخيارات الكثيرة مادة خصبة لتقييد سلطان الارادة العقدية ، ورأيت فى كثيرتها (التى تبرم بها بعض الكتاب فى الفقه) ترة صالحة لإحياء ما كان منها عمليا تمهيدا لاستنبات خيارات مستحدثة تحل مكان ما يجرى التعامل به من صور بديلة لا تسلم من مؤاخذات شرعية .

وبالرغم من فرط أهمية (الخيارات) لم تنشر فيها كتابة مستقلة شاملة لها من جهة ، ولا مستهدقة تعقيد أحكامها وتكوين نظرية لها أو مدخل لتلك النظرية من جهة أخرى .

أما استهداف تعقيد أحكامها فإن الذين كتبوا في الخيارات لم يزدوا على التمهيد لها بمباحث صغيرة عن حكمة مشروعيتها ، وتعريف لفظ الخيار عموماً ، وأن توسع ناس منهم ذكروا في مكان واحد أحكام ارث الخيارات الثلاثة المبوبة (الشرط ، والعيب والرؤية) بالمقارنة بينها ، والمقارنة غير التعويل على الجوانب العامة والتنقيب عن الخصائص التي تركز إليها الأحكام ..

وأما استيعاب الخيارات في الدراسة ، وخاصة غير الثلاثة المبوبة ، فإنه لم يحصل حتى بالتعداد ، إذ لم يعد العلامة ابن عابدين - وهو قد أحصاها عدداً - سوى سبعة عشر خياراً للحنفية مع اشارته إلى انها تبلغ الثلاثين (١) ، ولم يذكر صاحب « الأزهار » من الزيدية سوى ثلاثة عشر خياراً ، وكذلك الامامية فقد استقصى صاحب اللعة من الامامية فجعلها أربعة عشر ، وفيها ما لم يأخذ به أصحاب المذاهب الأربعة (٢) . ومعظم من كتب عن الخيارات كتابة حديثة اقتصر على أحد الثلاثة المبوبة أو جمع بينها وزاد عليها بضع خيارات غيرها ، ويصدق ذلك على العلامة الشيخ أحمد ابراهيم بك ، في كتابته المستقلة الموجزة عن العقود والشروط والخيارات (٣) وعلى ما جاء عرضاً في عدد من الكتابات الحديثة عن نظرية العقد .

(١) رد المختار ٤/٤٥ - ٤٦ .

(٢) الروضة البية شرح اللعة الدمشقية ١/٣٢٢ والتاج المذهب ٢/٣٩٠ والمتن المختار شرح الأزهار ٣/٨٥ والبحر المختار الجامع للمذاهب علماء الأمصار للمهني ٣/٨٥ - ٩٨ .

(٣) هو بحث نشره في مجلة (القانون والاقتصاد) بمصر ، السنة الرابعة ، العدد السادس ١٣٥٣ هـ = ١٩٣٤ م . الصفحات ٧١٢ - ٧٢٢ وهو مطابق لما كتبه بطلان عن الخيارات في كتابه « المعاملات الشرعية المالية » الذي ألفه سنة ١٩٣٦ مع تعريفه أحكام الخيارات في موطنين باعتبار جريان الخيارات الثلاث (الشرط ، العيب ، الرؤية) في عقد البيع وغيره ، فلذكرها في قسم العقود (ص ١٠٢) ثم كرر ذكرها (ص ١١٦) في البيع متبوعة بالخيارات التي لا تجرى إلا في البيع . ونحو هذا صنعه في مذكرته عن الالتزام .

وأنا اجتزىء بهذه الإشارة إلى افتقار موضوع الخيار عامة ، والخيارات المسماة إلى نشر بحث مستقل . أما تفصيل مواقف المذاهب والمصنفات الفقهية من الخيارات اعتباراً واهتماماً ، فلا مَنسَع له فى هذه النبذة الاجمالية . وأستظهر لبيان أهمية هذا الموضوع بإيراد مقاطع لبعض الباحثين من علماء الفقه والقانون توهوا فيها بما للخيارات من أهمية بالغة : قال الدكتور حسن الذنون : علماء الشريعة يقولون : ان باب الخيارات من أهم مباحث عقد البيع ، وهم يعتقدون ان الخيارات هى المضمار الذى يتسابقون فيه ، لأنهم وجدوا فيها مجالاً واسعاً للدقة وعمق النظر وبراعة الصناعة والتحقيق حيث إنما تبنى على مزيج من الأدلة من عقل ونقل وعرف وتقاليد ، أى شرع واعتبار وعادة (١) .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا بعدما أشار إلى كثرة الخيارات : الفقه القانونى الحديث يتجه إلى توسيع نطاق حق فسخ العقود اللازمة فى الحالات الطارئة ، ولا سيما حالة اخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته فى مواعيدها . . وهذا يتفق مع روح الفقه الاسلامى (٢) .

أغراض هذه الدراسة :

من خلال ما أوضحت من جوانب الأهمية فى هذا الموضوع يتبين ما تهدف إليه هذه الدراسة الخاصة بالخيارات فهى محاولة للوصول إلى الأغراض التالية :

١ - إلقاء الضوء على الخيارات عامة ، ولا سيما تلك التى غادرها أكثر المصنفين من الفقهاء ، أو لم يعطوها ما تستحقه من معالجة . وهذه الخيارات التى اقتحمتها أبصار المؤلفين ليس نسبها واحداً بل لكل من المذاهب وجهة فى الأخذ منها بنصيب . وهذا العامل جعل الباحثين المذهبيين يقتصرون من الخيارات على ما تثبته مذاهبهم ، أما هذه الدراسة فقد كانت دعوتها جَعَلْ للخيارات جميعها ، أى أخذت بوجهة نظر المثبتين حين يكون الخيار مختلفاً فيه ، توصلاً لذكر الخيار لا تأييداً لمشروعيته فذلك يقع أو يمتنع بحسب رجحان الأدلة .

(١) النظرية العامة للفسخ ، للدكتور حسن على الذنون ١٢٦ .

(٢) المدخل الفقهى العام ، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ف/٢٠٨ .

٢ - تجميع الخيارات في زمر تتنظم النظائر والأشياء ، وذلك لادراك الشبه بينها في السبب أو الغاية ، والمائل في بعض الأحكام ، وقد روعي في هذا التجميع معظم خصائص الخيار فكان الغرض منه موضوعيا وظهر أثره في التبويب ، وهو غير التصنيف للخيارات بحسب خاصية واحدة ، فذلك جانب احصائي قد يسلك فيه الخيار الواحد في أكثر من موطن .

٣ - التركيز على فكرة (الخيار) بصورة عامة مستقلة عن (الخيارات) وتقصى ما يتصل بالخيار من بحوث ومبادئ فقهية ، بعضها أدرجته المراجع الفقهية في ثانيا الخيارات ، وبعضها مجتذب من مباحث العقود وخاصة عقد البيع ، مع التحويل على ما فيه روح العموم والشمول ، لا الجمع التآلفي الذي لا تستعصى عليه قضية .

وان هذه المباحث محاولة لتكوين نظرية عامة للخيارات ، أو على الأقل لتقديم مدخل إلى تلك النظرية حيث إن إيضاح معالم تلك النظرية من شأنه أن يمد الخيارات الصغيرة بالتفريعات والصور التطبيقية التي لم يعن بها من أخذ بتلك الخيارات .

وفضلا عن ذلك أن الوقوف على نظرية عامة للخيار من أغراضه الفصل في امكانية استحداث خيارات جديدة تؤدي نظير المهام التي تؤديها الخيارات المسماة المعروفة^(١) . ذلك أن في الواقع العمل بعض حالات من جنس الخيارات - ولو لم تدع بهذا الاسم - يكفي أنها يسرى فيها الروح السارى في الخيارات أجمع ، وهى فكرة المشيئة بين فسخ العقد وبين امضائه ، ولو مع اقتران بديل أو رديف للفسخ أو الامضاء .

طريقة البحث ، ومصادر استمداده :

عولت في بيان الخيارات ، من حيث مشروعيتها وأحكامها وآثارها ، على كتب المذاهب نفسها ، فلم أعول على كتاب في مذهب ما مرجعا لأحكام مذهب آخر ولم أنقل منه إلا بيان مذهب ، باستثناء ما تشتمل عليه كتب المذاهب من إيرادات

(١) ليس جلاء هذه النقطة في خطة هذه الرسالة ، فلذلك موطنه المناسب البحوث الطليقة عن قيود الزمن وطريقة البحث ، لتكفل باحواء الآراء الشخصية مها كانت طازجة وتخضع لنطاق أوسع من ابتداء الرأى والأخذ والرد ، في صورة كليات أو مقالات .

ومناقشات ، فهذه دولة بين المذاهب ، أما الأدلة الذاتية فلا أستقيها إلا من كتب المذهب نفسه ما وسعنى ذلك ، لأنه يقع لأصحاب المذاهب نقل أقوال ضعيفة دون بيان ضعفها ، أو مقيدة دون ذكر القيود والتفاصيل وتحرير الفروق ، عن غفلة غالبا وعن تعمد فى بعض الأحيان ليكون من السهل الرد على غير مذهبهم .

وراجعت كتب الفقه المقارن وكتب الخلاف لحصر وجوه المسألة ، لا للاكتفاء بما تورده تلك الكتب من فقه المذاهب ، على اننى لم أجد ضيرا فى النقل منها لعقد المقارنة أو استخلاص سبب الخلاف وبخاصة ما يورده ابن رشد (الحفيد) فى بداية المجتهد .

أما فى كتب المذهب الواحد فقد يمتد وجهي إلى أوثق مراجعه مما يمثل الراجح والمقتضى به مع اثار الكتب الحافظة بالأدلة من نصوص وأقسيه ، وجهدت فى نقل الأحكام بتدقيق وأمانة بعيدا عن التعصب للمذهب ، أو ترجيحه مالا لقوة الاستدلال .

وبالنسبة لعدد المذاهب كان يشدنى أمران :

أولها : أنها من طينة واحدة وأنها ركائب متحدة الوجهة بينها تكافؤ وتكامل .
والثاني : ان لكل منها أصولا تختلف عن أصول الآخر ، لكن اختلاف أصولها لم ينشأ عنه خلاف حتمى فى الاحكام بل كثيرا ما تماثلت الأحكام مع اختلاف المنازع .

والأمر الأول يقرى بالاجتزاء بمذهب أو اثنين عن الجميع ، فى حين يدعو الأمر الثانى إلى استقصائها بالرغم مما فيه من عناء ومشقة . وبالموازنة بين هذين العاملين المتجادبين سلكت طريقا وسطا هو الاهتمام بالاتجاهات فى المذاهب الفقهية كلها ، لا الالتزام بسرد آرائها بجميع دقائقها . وما بينها من الفرق غنى عن التوضيح . ولم يكن لى بد من ذلك لكثرة ما رأيت من التكرار المتشابه أو المتماثل (ولا سيما بين المذهبيين الشافعى والحنبل ، وبين الحنفى والزيدى ، وبين الامامى وكل من الحنفى والشافعى) حتى كادت المذاهب الثلاثة الأولى فى النشأة تكتفى الباحث مثونة ما وراءها غالبا .

وهناك دافع آخر لسلوك هذا المنهج الوسيط هو خفاء أحكام بعض الخيارات فى مذهب ما واعتناء غيره به عناية تريح من الضرب فى متاهات يكثر معها الرجوع بحجج حنين ..

وسيجد المطلع على هذه الرسالة آثارا لدلاء المذاهب المدونة كلها: الأربعة التي استمر العمل بها على مدى الأزمان وغطى كل صوب وجهة وتقاربت أصولها ومشاربها وهى (الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي) بالإضافة إلى المذاهب الأربعة الأخرى التي حظيت بالتدوين والعمل (الامامي ، والزيدي ، والاباضي ، والظاهرى) مع ما استيسر من هدى فقهاء السلف الذين لم تدون مذاهبهم تدوينا كاملا أصوليا أو انقرضت كتبهم واتباعهم ولم يبق عنهم الآراء مشورة فى كتب الخلاف ، وفى مطولات المذاهب المدونة التي تعنى بالمقارنة .

وإنما نسبة الإشارة إلى تلك المطولات لم يعد خافيا ما للمصنفات الفقهية (وبخاصة ما انبسط منها وكان موسوعي الصورة) من أثر فى اغناء الثقافة الحقوقية الأصلية ، ودور فى بيان الشريعة والترجمة الصادقة لصلوحها رحمة للعالمين ، بالرغم من حاجة الفقه الشديدة إلى جلاء نظرياته بعد أن ضيّعها بعض من احتجب عنه الرشد من أبنائها ، فحرمت من التطبيق العملي وأضحت حبيسة الكتب (التراثية) بسبب الركود فى تحرير المضمون وتطوير الأسلوب بما يجعل الفقه الاسلامي ، وهو الجسم الذى حلت فيه روح الشريعة ، كافيا لحاجة العصور ، مسعفا للأجيال التى عودتها المدينة الحديثة أن ترى جنبى العلوم والفنون دانيا إليها من غير معاناة أو جهد .

وفى عرض الأحكام ومواقف المذاهب لم أستروح إلى تعليق الخلافات مضافة إلى المذاهب إضافة متفرقة ، بل استخلصت الاتجاهات والآراء التى تشعب الخلاف إليها ، وجعلت ذكر المذاهب مضافا إلى تلك المواقف كلها كان ذلك ممكنا وعملياء نحاشيا من تكرار ذكر المسائل والفروع .

كما حرصت كل الحرص أن أرحب صدرا بالحجج والأدلة التى تحفل بها كتب المذاهب وكتب الفقه المقارن والخلاف لأن الفقه الحق هو المخوف بالأدلة ومنازع الاستنباط ، وإلا كان ذكر المسائل عارية عن الاحتجاج ضربا من الارهاق للعقل والتحجيب على الفكر واتباع ما وجد عن الآباء واقتفاء آثارهم مع اغماض الطرف عن البواعث أو العلل فيما ذهبوا إليه من مذاهب . على أنه ليس خلو الحكم فى المراجع الفقهية عن الدليل مدعاة لحرماته من ذكره ودرسه ، لا سيما أن معظم ما تسارع إليه النشر من مصنفات كانت مما حفل بالمسائل مقطوعة عن الدلائل . .

خطة البحث ومعاله :

أقدم بين يدي هذا الموضوع معالم الخطة التي سلكتها في دراسته ، مع الربط بينها وبين ما تطرّق إليه الكلام فيما سبق من نقاط ذات صلة بالخطة .

وسيلو جليًا من النظر في المخطط الاجالي الآتي بيانه ، الاستهلال بالأحكام العامة والمكث معها مجلسا طويلا جامعا لمتفرقاتها إلى أن حان التفرق منه إلى استعراض الخيارات للدراسة والمناقشة وبيان الأحكام والتطبيق العملي في الواقع وأمام القضاء . وقد سيقّت الخيارات إلى منازلها في الدراسة زمرا ، بدلا من ذكرها فرادى كيفما اتفق أو بحسب الأهمية أو سعة المادة ، ولم أقنع بالتقسيم البسيط لها إلى حكمة الثبوت وإرادية المنشأ ، لأنه خفيف الفائدة ميسور المعرفة ، فكلها حكمة لا تحتاج إلى اشتراط العاقد إلا التزير اليسير .

وقد اشتمل الموضوع على الخيارات التي عقد لها المصنفون أبوابا أو ثروها في ثنايا أحكام البيع (أكبر العقود وأهمها والمختذب كل ما عمّ من أحكامها) واستبعدت من ذلك الخيارات المتصلة بالأحوال الشخصية (الزواج والطلاق وما إليها) أي ما لم يكن خيارا متصلا بالمال والمعاملات المادية ، سواء ما كان من خيارات (النكاح) منحصرًا فيه أو معروفا كذلك في (باب الأموال) كخيار العيب لكن اكتسى بتطبيقه في الأحوال الشخصية طبيعة أخرى من حيث أنواع العيوب وموجب الخيار فيها بالتفريق ونحوه مما يجافي الخيار القائم على الامضاء أو الرد بإرادة صاحب الخيار المطلقة غالبا . ولا ينبغي أن تلك الخيارات المستبعدة معظمها ارتبط وجوده بتطبيق الرق .

وقد أريت الخيارات التي انتظمها الدراسة على الثلاثين بثلاث ، مع اشتمال بعضها على أكثر من خيار لم يحسن استقلاله ، من قلة أو ضعف أو ندرة . وإن حصر الخيارات في هذا العدد ، دون تجاوزه أو التقاصر عنه كان مراعاة للتباين الكبير بين طبيعتي خيار وآخر واختلاف السبب والاحكام مع محاولة استقطاب الخيار الواحد لما يصلح أفرادا له بسبب وجيه ، بعيدا عن الرغبة في التكاثر وهو الاستدراك والازدياد (ودين الله بين الغالي والمقصر) فهي بضعة وثلاثون خيارا بحسب هذا الحصر العلمي في هدفه وطريقته ، ولو فسح المجال أمام البواعث غير العلمية لأنافت الخيارات عن الأربعين ، مع أن العدد الأكبر الذي أشار إليه المؤلفون الذين اعتنوا بها هو الشطر مع

النقص منه قليلا أو الزيادة عليه ، لكن التمهيد في حقيقة الخيارات المذكورة لدى المذاهب وخصائص استقلالها أو اندماجها أدى إلى استبعاد قدر كبير منها ، اما لفقدان روح الخيار فيه وكونه حكما جزئيا فيه تخيير بين أمرين غير الفسخ والاجازة ، أو لأنه لا يعدو كونه فردا من أفراد خيار واسع المجال ذى صور اشتهر بعضها حتى اعتبر خيارا برأسه . ومع هذا لا أدعى تحقيق ما أردت من استيعاب ، ولا أزعم صواب اجتهادى كله بل أرضى بما رضىه لنا امام المجتهدين من مبادعة الأئمة للمجتهدين غير الجائرين ، واتحافهم بالأجر مفردا أو مضاعفا .

ومخطط هذه الدراسة من حيث التوبى الاجالى هو :

الباب الأول : (العام) ويتناول (مباحث الخيار العامة) لدراسة ماهية الخيار ، وتقسيمه ، وآثاره التشريعية ثم الاقبال على تلمس الأساس الذى ينطلق منه الخيار والخصائص التى اكتسبها بسببه والموقع الفقهي الذى نزل مع ما لذلك من اعتبارات وسمات . ولم تنتقل الدراسة إلى صعيد آخر قبل التمييز الكاشف للخيار المراد بحثه لاقضاء ما اختلط به لتشابه الصورة ، أو نازعه المهمة بحسب الظاهر وبإدى الرأى .

فإذا تم هذا المراد اختصت زمر الخيارات بأبواب مستقلة بكل زمرة ، وانفرد كل خيار بفصل يلقى فيه قسطا وافرا من البيان لقضاياها فى فروع ومباحث ومطالب . .

فالباب الثانى : لزمرة خيارات التروى (المجلس ، والرجوع ، والقبول ، والشرط وخيار يشبهه ويثبت حكما يختص بشراء الحيوان) .

والباب الثالث : مخصص لخيارات النقيصة (العيب ، وتفرق الصفة بمثل استحقاق المبيع لغير العاقد أو هلاك جزء منه . .) .

والباب الرابع : يشتمل على خيارات مدعاها جهالة تفشو فى جوانب العقد (كخيار الرؤية ، أو كمية الثمن ، أو كشف حال المقياس ، وخيار التعيين) .

والباب الخامس : معقود لخيارات التفرير (خيار التدليس الفعلى ، والتفرير القولى ، والنجنش للوصول إلى ثمن خيالى ، وخيار تلقى الركبان لشراء ما جلبوه بأجنس الأثمان) .

والباب السادس : اشتمل على مجموعة من الخيارات تحقق فيها الغبن (غبن المساومة ، وغبن المسترسل ، والقاصر ونحوه) .

والباب السابع : لخيارات بيع الأمانة ، القائمة على بيان الثمن الأصلي (المراجعة ، والتولية ، والاشراك ، والمواضعة) .

والباب الثامن : لخيارات باعها الخلف بما وقع العقد عليه (فوات الوصف المرغوب ، وفوات الشرط ، واختلاف المقدار) .

والباب التاسع : لزمة من الخيارات فى قضايا اختل فيها تنفيذ العقد (الأخير للثمن ، وبيع المأجور ، أو المرهون ، أو المزروع) . . .

والباب العاشر (الأخير) : لزمة مشابهة لكن امتنع فيها التسليم (خيار النقد ، وتعذر التسليم ، وتسارع الفساد فى الشيء المعقود عليه ، ثم خيار يمنح للبائع عند افلاس المشتري ليسترد عين المبيع الذى لم يدفع ثمنه) .

والله أسأل أن يتقبل ما وقفنا إليه من عمل صالح ويستربفوه ومغفرته ما وقع من زلل ، وأن يوفقنا لنصرة دينه ورعاية شرعه .



الباب الأول

مباحث الخيار العامة

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : ماهية الخيار ومشروعيته

الفصل الثاني : قاعدة الخيار وخصائصه

الفصل الثالث : الموقع الفقهي للخيار

الفصل الرابع : تمييز الخيار عن أشباهه

الفصل الأول

ماهية الخيار

وفيه ثلاثة فروع

الأول : تعريف الخيار ومشروعيته

الثاني : تقسيم الخيار

الثالث : فائدة الخيار

الفرع الأول
تعريف الخيار ومشروعيته
المبحث الأول
تعريف الخيار (بوجه عام)

تعريف الخيار في اللغة :

الخيار في اللغة اسم مصدر^(١) من (الاختيار) وهو الاصطفاء والانتقاء ، والفعل منها (اختار) . وقول القائل : أنت بالخيار - وبالمختار وعلى المتخير - معناه اختر ما شئت . وخيره بين الشيئين معناه : فوض إليه اختيار أحدهما . وخيره في ثلاثة : جعل له أن يختار واحدا من الثلاثة . والفعل المطاوع لخير : اختار وتخير واستخار . ومثل (الخيار) في ذلك كله (الخيرة) بكسر الخاء وفتح الياء أو تسكينها .

أما المعنى اللغوي للخيار في موضوعنا هذا فهو - كما في النهاية واللسان والتاج - اصطفاء خير الأمرين : امضاء البيع أو فسخه^(٢) .

تعريف الخيار في الشرع :

وليس المعنى الشرعي الاصطلاحي يبعد عن المعنى الذي ذكره علماء اللغة ، فهذا من أمثلة التطابق بين المعنيين اللغوي والشرعي^(٣) ، والخيار

(١) اسم المصدر : مساوى المصدر في الدلالة وغالقه بخلوه (لفظا أو تقديرا) من بعض ما في فعله دون تنويص (شرح الألفية لابن عقيل) ، باب افعال المصدر ج ٢/٧٥ ولما خلت كلمة (خيار) من حرقى الألف والثاء ، وهما في الفعل (اختار) ، كانت اسم مصدر لا مصدرا .

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس مادة خير (وموقعها في ترتيبه الخاص ج ٢/٢٣٢) ، وأساس البلاغة للزمخشري ، والنهاية لابن الأثير ، وتهذيب الأسماء واللغات للنوى ، والمصباح المنير ، والقاموس وناج العروس ، ولسان العرب ، ومعجم من اللغة ، والمعجم الوسيط (كلهن مادة خير) والكلبات لأبي البقاء ص ٢١٤ .

(٣) مجامع الحقائق وشرحه منافع النقائض ص ٨٣ .

فى الاصطلاح الفقهى له تعاريف كثيرة الاّ أنها فى الغالب تناولت هذا اللفظ مقرونًا بلفظ آخر لأنواع الخيارات دون أن يقصد بالتعريف (الخيار) عموما ، على أنه يمكن استخلاص تعريف للخيار من حيث هو من خلال تعاريف أنواع الخيار بأن يقال : هو حق التعاقد فى فسخ العقد أو امضائه ، لظهور مسوغ شرعى أو بمقتضى اتفاق عقدى . ولتحليل هذا التعريف لا بد من تعجيل الإشارة إلى هذا المبدأ الفقهى ، وهو أن العقد بعد إبرامه يتمتع انفراد أحد التعاقدين فى فسخه ، الاّ بتحويل الشارع أحد التعاقدين أو كليهما حق الفسخ ، بأن يجعل للعقود الخيار بين المضى فى العقد وبين فسخه وذلك لأحد الأسباب التى اعتبرها الشارع مسوغة لحق الخيار ، أو لاتفاق سابق بين التعاقدين على منح هذا الحق لأحدهما أو كليهما .

المبحث الثانى

مشروعية الخيار

درج الفقهاء المصنفون عند بحث المشروعية فى صدور الأبواب الفقهية على اعتماد دليل الاقرار النبوى فى كل ما بعث النبى (ﷺ) والناس يتعاملون به فأقرهم عليه من غير تكبر ، كالبيع والاجارة والرهن من حيث أصل تلك المعاملات بعيدا عما يلابسها من شوائب تكفلت النصوص الشرعية الواردة فيها بتبقيتها منها وهذا بقطع النظر عن ورود أدلة خاصة بها من النصوص والاجماع .

وتنقسم الأحكام فى هذا إلى قسمين : أحدهما إسلامى المولد لا عهد للعرب به فى جاهليتهم ، والآخر : مخضرم ، مقصودا بهذه الكلمة هنا أنه معروف من العرب فى الجاهلية وتعاملوا به زمنا قبل أن يقرهم الاسلام عليه ، بالخال التى كان عليها ، أو بعد إزالة ما يلابسه من فساد .

وقبل تناول هذه النقطة بالبحث أشير إلى أن أوضاع المعاملات المالية المتقولة عن العرب يستبعد معها أن يكون لهم علم بالخيار أو ممارسة له ، لأنهم كان الغرر والقمار شائعا بينهم ، وكانت يبيعهم قائمة على الجهالة والغبن وكان العقد عندهم يلزم بمجرد ملازمة المبيع أو يرمي الحصة إليه أو نبذه إلى المشتري . فمن كان هذا شأنهم لا يتصور منهم السمو إلى معرفة الخيار والتعامل به .

أما من حيث النصوص فاني لم أجد في هذا نصا صريحا قاطعا لداء وثمرة هذا التقسيم أن يكتفى في المشروعية بدليل الاقرار في تلك الوقائع لكونها ملحوظة من الشارع لسكوته عنها عند تنزل الآيات وورود الأحاديث .

المبحث الثالث

تاريخ مشروعية الخيار

وبهتما بعد هذه التوطئة البحث عن الخيارات عموماً؛ هل هي مما جاء به الاسلام دون أن يكون له سابقة تطبيق في أعراف العرب الجاهلين ، وذلك تكميلاً لما جاءت به شريعة الاسلام من مبادئ ترسي قواعد العقود وتبينها على الرضا بعيداً عن الشوائب، أم هي - أو بعضها على الأقل - شيء عرفه العرب في جاهليتهم وأقرهم عليه الإسلام؟

الشك ، والسبيل البديل في تلك الحال التماس الأدلة الظنية وهي تصلح مُتَكَيِّفاً في هذه المسألة التاريخية ، إذ لا ضير (من الناحية العملية) لو ظهر العكس .

من تلك الأدلة الظنية في الدلالة : الخبر الذي أخرجه الامام عبد الرزاق بن همام الصنعاني عن طاووس قال : ابتاع النبی صلى الله عليه وسلم قبل النبوة من أعرابي بعيراً - أو غير ذلك - فقال له النبی صلى الله عليه وسلم بعد البيع : اختر ، فنظر إليه الأعرابي فقال : عمرك الله ، من أنت ؟ فلما كان

الإسلام جعل النبی صلی الله علیه وسلم الخيار بعد البيع . وقد بوب عبد الرزاق لهذا الحديث بقوله « باب البيعان بالخيار ، ما لم يفترقا » (١) .

وفي هذا الحديث دلالة على أن فكرة الخيار - وهو هنا خيار المجلس - لا وجود لها في الجاهلية قبل الاسلام لاستنكار الاعرابي ذلك ، فالظاهر أن النبی صلی الله علیه وسلم انفرد بالافادة من ذلك، ولعله أمر جديد على العرب أحياء النبی من الخنيفة دين ابراهيم ، قبل ابتعائه نبيا رسولا ، أو اهتدى إليه بمجودة رأيه وثاقب نظره عليه الصلاة والسلام ، وهو خليق بذلك من الناحية العملية فقد عُرِف في تجاره بمال خديجة بالمهارة والتيقظ وعادت من ذلك على خديجة فوائدها شدةً إلى عليه السلام. وعلى كلا الاحتمالين يدل هذا الخبر على أن الخيار من خصائص الاسلام .

هذا عن خيار المجلس وهو خيار خاص الطبيعة من حيث معاصرته ولادة العقد وكونه حكمي الثبوت لا يحتاج إلى ارادة العاقد ، وكونه مشروعاً للتروی والنظر .

فإذا انتقلنا إلى خيار الشرط باعتباره خياراً إراديّ الثبوت ، مع أنه للتروی أيضا ، وجدناه جديداً أيضا على العرب فهذا حديث حَبَّان بن منقذ الذي احتج الفقهاء به لخيار الشرط قد تضمن سبباً وروده إشارة إلى أنه جديد على العرب لأن فيه مجيء أهل حبان إلى النبی (ﷺ) وسؤالهم إياه الحجر على صاحبهم ، لما علموه من ضعف عقدته وكثرة مغبوبيته في البياعات ، فطلبهم الحجر عليه ، بدلاً من أن يأمرؤا صاحبهم باشتراط الخيار لنفسه للنظر والتروي ، يدل على أن العرب لم يعرفوا خيار الشرط ولا خيار الغبن ... ولكن

(١) المصنف ، للإمام عبد الرزاق ج ٨ / ص ٥٠ الحديث ١٤٢٦١
وذكر محقق الكتاب العلامة المحدث حبيب الرحمن الأعظمي أن هذا الحديث رواه أيضا البيهقي مرتين : مرة مرسلًا - كما هنا - ومرة موصولاً من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر (سنن البيهقي ٢٧٠ / ٥ - ٢٧١) .

قد يقال ان الحديث ليس فيه عند المحققين ذكر اشتراط الخيار أصلا بل فائدته تمليك متقد هذا خيارا دائما بمجرد قوله : (لا خلافة) ، ولهذا روى انه كان إذا غبن يشهد رجل من الصحابة أن النبی ﷺ قد جعله بالخيار ثلاثا فيرجع في ذلك، وبهذا يضعف الاستدلال بمثل هذه القصة على ثبوت الخيار لكل مغبون .

وإذا انتقلنا إلى صعيد الخيارات الحكيمة في تشريع خيار العيب دلالة على أن كتمان العيب في المبيع أمر شائع عند العرب ، وذلك يستلزم أن البيع يلزم مع العيب ولو كنتم ، اذ لو كان خيار الرد بالعيب مسلما عندهم لما اعتادوا كتمان العيب وتهالكوا عليه لخشيته نقض بيعهم وذلك مستقبح ، فلما تجرؤوا على كتمان العيوب دل على أنهم غائلة ذلك عقديا .

ولذا تواردت النصوص الناهية عن الغش ، الداعية إلى النصيح وبيان العيوب في المبيع ، كقوله ﷺ : « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه يبعه فيه عيب إلا بينه له » (١) .

ونحو ذلك يؤخذ من حديث النهي عن التصرية ، فخيارها طارئ على العرب لأن الخيار فيها ثبت بتشريع مبتدأ منه عليه الصلاة والسلام بالحديث المعروف الآتي في مبحث التصرية : فمن ابتاعها (بعد ذلك) .

وإذ قد فرغنا من الكلام في جذور الخيار عند العرب ، ووصلنا إلى جدته عليهم فليس لنا أن نستغرب ذلك ، لأن الحق والعدالة عند العرب كان مضطهدا من جهة ، ومربوطا بالمغامرة والفرر كالاستقسام بالأزلام وتصديق العرافين والكهنة وفشو الميسر والريا ، بل التملك بالغزو والاغارة من جهة أخرى . فمن التزبد والتمنى البعيد أن نأمل عناية العرب بنظام الخيارات وهي صَنِيع (أو مؤسسات قانونية) تولد في بيئة متفتحة بلغت القمة في احترام

(١) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم والدارقطني والطبراني ، قال ابن حجر في الفتح : استاده حسن (نيل الأوطار ٢٢٥/٥) .

الالتزام وتصفيته من الشوائب ، واستكملت ذلك بالاعتراف بحق التحلل من العقد كلما كانت إرادة عاقله معيبة أو مشوبة .

هذا ، عن تشريع الخيار عند العرب قبل الاسلام ، فإذا عن تشريعات الأمم الأخرى القديمة والحديثة ؟ إن الإفاضة في ذلك تخرج بنا عن الطابع الشرعى للبحث ، فنكتفي بالإشارة التى تدل على أن تشريع الخيار فى الاسلام لم يكن يدعا من الشرائع .. وأنه حاجة ملحة تفتتق الأنظمة الوضعية عن الحيلة فى إقراره بأسماء أخرى .. (١) .

ولن نستعرض الخيارات مفردة ، بل سيقصر البحث ، فى هذا القسم العام ، على خيارين كل واحد منهما أمّ للباب الذى يتبعه ، وهما خيار الشرط من الخيارات الارادية ، وخيار العيب من الخيارات الحكيمة ، مع الاحالة فى التفصيل فيها واخواتها إلى الفصل المعقود لكل خيار .

أما الخيار الارادى فقد توصلت إليه شرائع الأمم القديمة ، كالرومان مثلا (٢) من خلال الأخذ بنظرية الشروط ، وبخاصة الشرط الفاسخ ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه زوال الالتزام ، فإذا وهب شخص داراً لأرملة ابنه لتسكن فيها مع أولاده ، وعلّق الهبة على (شرط فاسخ) مشترطاً أن تنفسخ الهبة إذا هى تزوجت قاصداً بذلك أن يحملها على عدم الزواج حتى تتفرغ لتربية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة ، ولكنها تزول بأثر رجعى إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها وقد زالت الهبة بأثر رجعى ، لا لأنها باطلة ، أو قابلة للإبطال - بالمصطلح القانونى - بل لأنها علّقت على شرط فاسخ ، وقد تحقق الشرط (٣) فالخيار الارادى ما هو إلا

(١) ان التناضى عن اتحاد الاسماء بعد اتفاق الحقائق هو أساس هذه المقاربة وسنرى بعد قليل خطأ ما ظنه الدكتور محمد يوسف موسى حين قال : ونظن أن حق الفسخ بسبب خيار من هذه الخيارات أمر قد انقرض به الفقه الاسلامى مع شدة الحاجة إليه .

(٢) الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ، ص/٦٦٧ .

(٣) ينظر الوجيز فى القانون الرومانى (للدكتور صوفى حسن أبو طالب) التصرف القانونى ٢٨٦ وكذلك القانون الرومانى (أحكام الالتزام) له ٧٦ .

(٤) مصادر الحق ، للسبتهوى ٩٧/٤ .

تعليق العقد على أمر مستقبل هو صدور الفسخ فاذا وقع الفسخ زال الالتزام .
والشرط الفاسخ معهود في القوانين المدنية الحديثة ، المصري
والسوري المواد / ٢٦٥ و ٢٦٩ / .

أما الخيار الحكي ممثلا في خيار العيب في القوانين الرومانية نصوص
صریحة في معالجة حالات تدليس العيب وغيره من عيوب الارادة في التصرف
القانوني حيث أعطت الشخص حق طلب ابطال التصرف^(١) .

الفرع الثاني تقسيم الخيار

تمهيد :

قبل الافاضة في مباحث الخيار وأحكامه لابد أن نلتمس للخيارات
تقسما رئيسا مؤثرا في طبيعتها وأحكامها . وذلك تحاشيا من الخلط بينها ، لكي
يتضح أن اختلافها في الأحكام أو تشابهها كان تبعا للاختلاف والتشابه في
ماهياتها أو أغراضها .

وهذا فضلا عن كونه من المباحث التمهيدية - هو ضروري أيضا
لسلامة الدراسة كلها . ولا أحسن في هذا المقام من قول الكرخی: إن المسائل
إذا سأل سؤالاً ينبئ للمستول أن لا يجب على الإطلاق والإرسال ، لكن
ينظر فيه ويتفكر أنه ينقسم إلى قسم واحد ، أو إلى قسمين ، أو أقسام ، ثم
يقابل في كل قسم حرفاً فحرفاً ، ثم يعدل جوابه على ما يخرج إليه السؤال ،
وهذا الأصل تكثر منفعته ، لأنه إذا أطلق الكلام فربما كان سريع الانتقاص ،
لأن اللفظ قلما يجري على عمومته^(٢) .

(١) الوجيز في القانون الروماني ١٦٦ / ٢ ونظرية الالتزامات في القانون الروماني للدكتور شفيق شحاته ٢٣٧ .

(٢) رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ، للامام الكرخی ص ٨٦ .

والخيارات تنقسم إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة ، والمناسب تأخير التعرض لها جريا على الترتيب المنطقي في تأخير ما تتوقف معرفته على معرفة أمور حقها التقديم ، إذ لا يتضح وجه تلك التقسيات إلا بعد معرفة موضوعها الذي يتناوله التقسيم . وإنما يهمنا الآن اختيار واحد من مقاسم الخيار البارزة التي تنتظم أكبر قدر من الخيارات .

وهناك مرتكزان لهذا التقسيم الكلي للخيارات أحدهما : طبيعة الخيار هل هو حكمي أو ارادي ، والثاني : الغاية التشريعية من الخيار هل هي التروى (طلب المغنم) أو التوقي (دفع المغمم والقيصة) .

المبحث الأول

التقسيم بحسب طبيعة الخيار

يقوم هذا التقسيم على النظر إلى الخيارات من حيث طبيعة قيامها ، هل نشأ الخيار عن ارادة المتعاقدين بالشرط الارادي ، أو نشأ بحكم الشارع الذي جعله أثرا لتصرف ما ولم يعوزه إلى اشتراط عقدي . وهذا التقسيم للخيار إلى ارادي وحكمي ملحوظ عند الفقهاء أيضا :

يقول الكاساني موطئا لخيار الرؤية : وأما الخيار الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية ^(١) ثم يقول عنه : لأن الخيار فيه ما ثبت باشتراط العاقدين ، لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة ، وإنما يثبت شرعا لحكمة فيه ^(٢) .

لكن المصنفين في الفقه لم يعولوا عليه في التوبيع ، مع أن له أثرا في الأحكام ، لكن نوه به المحدثون ممن كتب في العقود ويعتقضى هذه

(١) البدائع : ٢٩٢/٥ .

(٢) البدائع : ٢٩٧/٥ .

النظرة فى تقسيم الخيارات بحسب مصدرها وطبيعتها تنشطر إلى مجموعتين متميزتين :

المجموعة الأولى - الخيارات الحكيمة : والمراد بها ما يثبت بمجرد حكم الشارع فينشأ الخيار منها عند توافر السبب الشرعى المولد له وتحقق الشرائط المطلوبة ، فهذه الخيارات لا تحتاج إلى تخلل اتفاق أو اشتراط لقيامها بل تنشأ تلقائيا بمجرد وقوع السبب الذى ربط قيامها به . والمثال على هذه المجموعة : خيار العيب .

المجموعة الثانية - الخيارات الارادية : وهذه الخيارات ، على الضد من المجموعة السابقة ، لا ينشأ الخيار منها إلا إذا اتجهت إليه ارادة العاقد وأبدى رغبته فى الاستفادة منه، وانضمت إليه ارادة العاقد الآخر فوافق على منحه الخيار . ومثالها : خيار الشرط .

أما الخيارات الحكيمة فإنها تستغرق معظم الخيارات ، بل هى كلها ما عدا الخيارات الارادية الثلاثة : خيار الشرط ، خيار النقد ، خيار التعيين . فما وراء هذه الخيارات فإنه حكمي النشأة أثبتته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه .

لكن هناك بعض الخيارات الحكيمة ربما يتجمل ببادئ النظر امكان اعتبارها ارادية - وقد حصل هذا التخيل فى بعضها ، وهى :

١ - خيار فوات الوصف ، وهو الذى يثبت عند فوات الوصف المرغوب الذى اشترطه العاقد ، ويدعى هذا الخيار أيضا : خيار الخلف .

٢ - خيار فوات الشرط ، وهو خيار يثبت بفوات الفعل المشروط من العاقد فوق مقتضى العقد .

٣ - خيار اختلاف المقدار ، وهو خيار يثبت للزيادة أو النقص عن المقدار المسمى بالعقد على ما اشترى جملة واحدة كقطعة قماش أو صبرة قمح .

ولكن ما يلمح من عنصر الارادة فيها ليس هو الذى منح العاقد الخيار ، بل هو أمر زائد اشترطه العاقد ، فلما اختل حكم له الشارع بالخيار . وسيأتى مزيد إيضاح لكون هذه الخيارات الثلاثة خيارات حكيمه المنشأ بالرغم مما فيها من شبه بخيارات الارادة .

المبحث الثانى

مفهوم الارادة فى الخيارات الارادية

رأينا فى تقسيم الخيارات بحسب الطبيعة والمنشأ أن قسما من الخيارات يثبت بمجرد حكم الشارع بقيامه عند توفر الشرائط ، فليس هناك حائل بين سبب الخيار وولادته ، بمعنى لا دور للارادة فى قيام الخيار (بل قد يكون لها أثر فى سقوطه سابقاً أو لاحقاً) وأن القسم الآخر من الخيارات يستلزم لقيامه بعد الاعتبار الشرعى له تدخّل الارادة لنشوئه إذ يطلب من المستفيد من ذلك الخيار الاعلان عن ارادته فى الافادة منه . ومن هنا اعتبرت تلك الخيارات (ارادية) . فإذا لم يصرح العاقد برغبته فى التمتع بحق الخيار الارادى فلا سبيل له لتحصيله ، ولو كان هناك ما يقتضى ترتبه له من جهة حاله أو القرائن .

ولا غنية عن التنبيه إلى أمر يتصل بمصدر الخيارات وهو أن اعتبار ارادة المتعاقدين مصدرا لخيار ما ليس المراد أنه يثبت بالرأى الجرد ومطلق الارادة الشخصية ، بل ان ثبوته هو بالدليل الشرعى (التصي أو الاجتهادى) فالشرع هو المسوغ للخيار بنوعيه : الحكيم والارادى ، إلا أن الخيار الحكيم ثبت ثبوت الأحكام التى يخاطب بها المكلف عند وقوع سببها منه أو من غيره أما الخيار الارادى فقد علّق الشارع ثبوته على تلاقى ارادتي العاقلين (بأن يريدوا قيام الخيار ، أو يريدوا وجود أمر ما يثبت لهما بتخلفه حق الخيار) .

وحين تذكر (ارادة العاقد) فالمقصود الارادة المشتركة للعاقلين ، أى لا بد من تلاقى ارادتي الموجب والقابل على ثبوت الخيار لأحدهما أو كليهما ، مراعى فى ذلك تحويل الشارع حق الخيار لذلك المستفيد .

فإذا رغب أحد العاقدين في أن يكون له خيار (إرادى) بإرادته المنفردة دون أن يستجيب العاقد الآخر إلى رغبته ويصدر قبوله ليشمل الخيار الذى اشتمل عليه العقد لم يثبت له شيء من تلك الخيارات التى سبيلها الإرادة المشتركة لها .

وما ذكرناه من أن مجرد صدور إرادة أحد العاقدين لتحصيل خيار ، دون الاقتران بموافقة الآخر ، لا قيمة له ، هو ما عليه الجمهور من الفقهاء ، لم يخالف عن قولهم فى ذلك إلا ابن حزم فمن مذهبه أن « من قال حين يبيع أو يبتاع : (لا خلافة) فله الخيار ثلاثة أيام بلياليها ، ان شاء ردّ - بعيب أو بغير عيب ، بخديعة أو بغير خديعة ، بغير أو بغير غبن - وان شاء أمسك ^(١) » . ثم توسع فى شأن من عجز عن النطق بتلك الجملة لآفة أو عجمة ، وصرّح بأن له أن يقول بلغته ما يوافق معناها . أما القادر عليها فلا يترتب الأثر إلا بالنطق بها ، فلو قال : « لا خديعة » لم يكن له الخيار المفعول لمن قال : لا خلافة . ولم يشترط أن يعلم العاقد الآخر أن ذلك خيار ، كما شرطه بعض أصحاب الشافعى وحملوا ذلك على خيار الثلاث ، أي : خيار الشرط . وعن أحمد أن لقائلها الخيار إن كان قد خلبه ، ويحتمل أن لا يكون له الخيار ^(٢) .

هذا ، وان فى عداد الخيارات الحكيمة خيارات ثلاثة هى :

خيار الوصف ، خيار المقدار ، خيار الاشتراط (وقد سبق بيان مفهومها) فهذه الخيارات سلكناها فيما هو حكمي المنشأ لأنها لا تثبت باشتراط العاقد بل ان حكم الشارع هو السبب المنشئ لها ، لأن العاقد لا يشترط أصل الخيار انما تنصب إرادته على اشتراط أمر زائد يثبت له بفواته الخيار فإرادة العاقد فيها يمكن اعتبارها سبباً غير مباشر ولا مانع من أن توصف بكونها (شبه إرادية) لأن الخيارات الحكيمة لا يتدخل العاقد فيها مطلقاً ، لا بصورة

(١) المحلى لابن حزم ٥/٤٧٣ م ٤٤١ - ١٤٤٤

(٢) المغنى لابن قدامة ٣/٥٠٣ م ٧٧٩١ .

مباشرة ولا غير مباشرة ، ولو تدخل لم يكن لتدخله مزيد أثر . فخيار العيب (مثلا) يثبت حكما ، سواء اشترط العاقد السلامة أو لم يشترطها ، فالسلامة مشروطة ضمنا وليس نص العاقد على شرط السلامة الاً تحصيل حاصل أما (خيار الوصف) فلا يثبت الاً بأن يشترط العاقد الوصف المرغوب ثم يظهر فواته أو تخلفه .

ومثل خيار الوصف (خيار المقدار) بأن يشترط أن يكون ما يشتره جملة مشتملا على مقدار معين . وكذلك (خيار الاشتراط) وهو يسمى أيضا (خيار فوات الشرط) وهو بخصوص فعل يشترط لا وصف مرغوب في المبيع .

وإن هذه الخيارات الثلاثة التي فيها سمات الارادة ذات شأن كبير في النظر الفقهي والقانوني ، لكونها شديدة الصلة بنظرية الفسخ بمفهومها القانوني الواسع ، فهي أسباب للفسخ بنتيجة الاخلال بشروط اشترطها العاقد .

المبحث الثالث

ضرورة الخيارات الحكيمة

يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن عيوب الارادة التي كان علاجها الخيار ، ليس هو العلاج الناجع ، بل كان الأولى أن يكون التوقف ، فالفقه الاسلامي لو سار في تطوره - في نظره - وجمع عيوب الارادة في مكان واحد لكان له وهو يجمعها أن يواجهها هي أيضا بالعقد الموقوف ، فهو أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم (في الفقه الاسلامي) ومن العقد القابل للإبطال (في القانون المدني الغربي) « (٢) .

(١) ألا عند ابن حزم ، فاشتراط السلامة عنده في خيار العيب له أثر خاص ، فهو لا يرى مشروعية خيار العيب الاً في حال عدم اشتراط السلامة ، أما أن اشترط سلامة المبيع من العيب ثم ظهر معيبا فالبيع عنده مفسوخ ولا خيار ، فالخيار عنده قاصر على حال السكوت عن شرط السلامة (المجلد ٩ / ٨٠ م ١٥٦٩) .
(٢) مصادر الحق ٢٨١/٤ .

هذا ما يراه ، وهو ليس سالما من المأخذ ، إذ إن عدم اللزوم أقل تبعه من التوقف ، وذلك متساوق مع ما فى كل من سببها من أهمية ، فعدم اللزوم سببه تعيب الارادة . أما التوقف فإن سببه فقدان الارادة الأصلية ، ومن ثم كان علاج عيوب الارادة مقتصرًا على سلب لزوم العقد بعد أن انعقد واعتبر نافذاً ، وسلب اللزوم أيسر من التوقف (الذى هو عبارة عن منع نفاذ العقد) ، ووجه تفضيله فى السهولة على الموقوف تمكّن العاقدن نفسها من إعادته إلى اللزوم ، وسهولة هذا التمكّن بحيث يعتبر التصرف الدال على الرضا بلزوم العقد مغنيا عن صريح الرضا بامضاء العقد . أما فى الموقوف فلا بد من الاجازة ولها شروط شديدة ، كما أنها لا تصدر إلا عن المالك أو صاحب الحق المفتأت عليه . والتوقف بحاله اللائق حالة الافتئات على ارادة المتعاقد مع وقوع كيان عقدى صحيح يخرج به عن دائرة البطلان أو الفساد ، ولا يدخله فى دائرة الاعتبار لفقدان الملك أو الولاية ، أو لتعلق حق الغير (وعليها تدور شريطتا النفاذ) فيناسب انتفاء هاتين الشريطين توقف العقد. أما ما هنا فالإرادة من المالك موجودة، وإنما شئت بما يخل بكمال الرضا لا بأصل الرضا ، فكان اللائق التخيير، والتخيير من حيث النتيجة يجتمع مع التوقف فى إمكان الفسخ أو الإمضاء وهو هنا أخف شروطا فلا يشترط له بقاء المعقود عليه ولا وجود العاقدن ، إلى آخر ما هنالك من شرائط معروفة .

هذا جواب عن التفضيل المدعى للموقوف على الخيار فى علاج الشوائب الارادة . . وقد يقال: إن العلاج الأفضل لها هو البطلان أو الفساد ، وقد قال ذلك فعلا ابن حزم، فهو لا يرى خيار فوات الوصف المرغوب ولا تفرق الصفة ولا خيار الرؤية. ومصير هذه المسائل عنده بطلان العقد لأنه لم يقع على المسمى، بل انه لا يرى خيار العيب إلا فى حال السكوت عن اشتراط السلامة (أما ان اشترطها فظهر معينا فالبيع باطل) . وجواب هذا الادعاء أن العاقد حين تشاب ارادته فى الصور التى توجب خيارا حكما يقف الشارع بحمايته بالقدر الضرورى فهو لا يجعل النتيجة البطلان أو الفساد ، لأنه ليس فى

الأمر ما يستدعى أحدهما، ففيها مخصوصان بما فيه إخلال بشرائط الانعقاد أو الصحة ، وكلاهما من النواحي التي يتركز عليها وجود العقد: إما من حيث أصله وهو الركن والحل ، أو من حيث أوصافه التي لا ينفك عنها .

ولذا صرح ابن قدامة في تعليل عدم الفساد في صور من البيوع المنهي عنها بأن « النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد ، كتنقي الركبان ، وبيع المعيب المدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى ، لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو الزيادة في الثمن ^(١) » .

المبحث الرابع

التقسيم بحسب غاية الخيار

يقوم هذا التقسيم للخيارات على النظر إليها من حيث الغاية التشريعية ، هل هي التروى وجلب المصلحة للعاقد ، أو تكملة النقص ودرء الضرر عنه ؟ . . وهو تقسيم فقهي قديم يعبر عنه بخيار التروى وخيار النقيصة .

يقول الفزالي : « ثم ينقسم الخيار إلى خيار التروى ، وإلى خيار النقيصة ^(١) . وخيار التروى : ما لا يتوقف على فوات وصف ، وله سببان ، أحدهما : المجلس . . . والسبب الثاني : الشرط . القسم الثاني : خيار النقيصة ، وهو : ما يثبت بفوات أمر مظلون نشأ الظن فيه من التزام شرعي ، أو قضاء عرفي ، أو تفرير فعلي » ثم فرع من خيار النقيصة عدة خيارات . ونحوه للمالكية ^(٢) فقد جرى خليل على البدء بخيار التروى ثم أتبعه بخيار النقيصة . ولم يدع الرددير التنويه بهذا الصنيع ^(٣) .

(١) الوجيز : ١٤١/١ - ١٤٢ .

(٢) الرددير وحاشية اللسوقي : ١١٨/١ .

(٣) وسأها بعض المصنفين : خيار نقص ، وخيار شهوة ، فخير النقص يراد به خيارات توقي النقيصة ، أما خيار الشهوة فالمراد به خيارات التروى (مقتضى المحتاج ٤٠/٢) .

التقسيم المختار :

يلحظ في هذا التقسيم للخيارات بحسب الغاية التشريعية إلى خيار تروى ، وخيار نقيصة ، انهم اقتصروا على هذين القسمين له دون متابعة التفريع للتخفيف من السعة الملحوظة في مفهوم النقيصة ، فانها ذات شعب كثيرة بحسب ممة النقص . وقد كاد يستوعب الخيارات (على النحو الذى لوحظ في الخيارات الحكيمية التى أتت على الخيارات حاشا ثلاثة منها) .

ولا شك أن التقسيمين ملائمان للقسمة العقلية الحاصرة ولسنا الآن بصاددها ، بل تؤثر عليها تقسيما للخيارات موسعا يكشف فيه عن صلة الخيار بمباحث العقد ، وبما أن الفقهاء لم يميزوا أحكام العقد العامة عن مباحث البيع وغيره من العقود: لم يفرّدوا الخيارات بصورة مستقلة بعد فك ارتباطها بكتاب البيع ، ولو أنهم أفردوا مباحث العقد على حدة لاعتنوا بربط كل خيار بموقعه المباشر منها .

لهذا أبقيت على مصطلحي التروى والنقيصة بعد اجتذاب ما يخصهما بأضيق نطاق، ثم تابعت الخيارات الأخرى مزدلفة بحسب السمات التى تجمع كل فئة منها، ثم سبقت لدراستها، بعد ما يقتضيه المقام من التمهيد لذلك زمراً .

تقسيم الخيارات إلى زمر :

أولا زمرة خيارات التروى .

- ١ - خيار المجلس .
- ٢ - خيار الرجوع .
- ٣ - خيار القبول .
- ٤ - خيار الشرط .
- ٥ - خيار الحيوان .

ثانيا - زمرة خيارات النقيصة :

- ١ - خيار العيب .
- ٢ - خيار الاستحقاق .
- ٣ - خيار تفرق الصفقة .
- ٤ - خيار الهلاك الجزئي .

ثالثا - زمرة خيارات الجهالة :

- ١ - خيار الرؤية .
- ٢ - خيار الكمية .
- ٣ - خيار كشف الحال .
- ٤ - خيار التعيين .

رابعا - خيارات التفرير :

- ١ - خيار التدليس الفعلي (بالتصيرية ونحوها) .
- ٢ - خيار التفرير القولي .
- ٣ - خيار النجش .
- ٤ - خيار تلقى الركبان .

خامسا - زمرة خيارات الغبن :

- ١ - خيار غبن المساومة .
- ٢ - خيار المسترسل .
- ٣ - خيار غبن القاصر وشبهه .

سادسا - زمرة خيارات الأمانة :

- ١ - خيار المراجعة .
- ٢ - خيار التولية .
- ٣ - خيار التشريك .
- ٤ - خيار المواضعة .

سابعاً - زمرة خيارات الخلف :

- ١ - خيار فوات الوصف المرغوب .
- ٢ - خيار فوات الشرط .
- ٣ - خيار اختلاف المقدار .

ثامناً - زمرة خيارات اختلال التنفيذ :

- ١ - خيار التأخير .
- ٢ - خيار بيع المأجوز .
- ٣ - خيار بيع المرهون .
- ٤ - خيار بيع المزروع .

وهذه الثلاثة الأخيرة : كأنها خيار واحد يمكن
تسميته (خيار الاحتباس لحق الغير) لكن الحنفية
عدّوها مستقلة وتحشوها في مواطن مختلفة

تاسعاً - زمرة خيارات امتناع التسليم :

- ١ - خيار النقد .
- ٢ - خيار تعذر التسليم .
- ٣ - خيار تسارع الفساد .
- ٤ - خيار التفليس .

الفرع الثالث

فائدة الخيار وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول حكمة تشريع الخيار

ان الغرض فى الخيارات الحكـمية ، بالرغم عن تعدد أسبابها ، هو تلافى النقص الحاصل بعد تخلف شرطـة لزوم العقد ، وذلك بعد أن تحققت شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ ، أى أن الخيارات الحكـمية لتخفيف مغـبة الاخلال بالعقد فى البداية لعدم المعلومية التامة ، أو لدخول اللبس والغبن ونحوه مما يؤدى إلى الاضرار بالعاقد ، أو فى النهاية كاختلال التنفيذ .

فالغاية من الخيارات الحكـمية تمحيص الارادتين وتنقية عنصر التراضى من الشوائب توصلا إلى دفع الضرر عن العاقد . ومن هنا قسم الفقهاء الخيارات إلى شطرين : خيارات التروى ، وخيارات النقيصة . ومرادهم بخيارات النقيصة الخيارات التى تهدف لدفع الضرر عن العاقد فى حين تهدف خيارات التروى إلى جلب النفع له .

أما الغرض من الخيارات الارادية فإنه يختلف عن الغرض من الخيار فى صعيد الخيارات الحكـمية . ففي الخيارات الارادية يكاد الباعث عليها يكون أمراً واحداً هو ما دعاه الفقهاء بالتروى ، أى التأمل فى صلوح الشيء له وسد حاجته فى الشراء ، وذلك للترفيه عن المتعاقد لتحصيل مصلحة يحرص عليها . والتروى سبيله أمران : (المشورة) للوصول إلى رأى الحميد ، أو المخبرة

(الاختبار) ^(١) وهو تبين خبر الشيء بالتجربة أو الاطلاع التام على كنهه ، قال ابن رشد : « والخيار يكون لوجهين : لمشورة ، واختبار المبيع . أو لأحد الوجهين » ^(٢) ويقول بعدئذ : « العلة في اجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه أو الاختبار ^(٣) .

على أن تعدد الغرض ممكن بأن يقصد المشورة والخبرة معا ، وهذا كله في المشتري . أما البائع فلا يتصور في حقه إلا كون الغرض المشورة لأن المبادلة منه تهدف إلى الثمن ، والثمن لا مجال لاختباره غالبا وإنما يتصور أن يراجع البائع من يثق به في كون الثمن متكافئا مع المبيع فلا غبن ولا وكس ^(٤) .

والتروى - كما يقول الخطاب - لا يختص بالمبيع فقد يكون أيضا في الثمن أو في أصل العقد ^(٥) .

وإذا تساءلنا عن الثمرة العملية للغرض من الخيار ، بين أن يكون المشورة أو الخبرة ، رأينا لدى المالكية عناية بأثر هذا في الاحكام وهى مسألة تسليم المبيع إن امتنع البائع فهل يجبر على التسليم ؟

يرى المالكية أنه يجبر البائع على تسليم المبيع إذا كان الغرض من الخيار الخبرة فإذا بين الغرض من الخيار عومل حسب بيانه ، أما إن سكت عن البيان فقد قرر ابن رشد أن سكوته عن ذكر الغرض يحمل على أن غرضه المشورة فهى مفترضة دائما الا إذا صرح بأن غرضه الخبرة واشترط قبض

(١) آثرت لفظ (الخبرة) على (الاختبار) خشية تحريف الكلمة الأخيرة إلى (الاختبار) كما وقع مرارا في المقدمات لابن رشد (٥٥٧/٢) السطر الأخير ، الخ . والمشورة (بضم الشين وسكون الواو) كما في كتب اللغة ، وفي تقرير عليش على الدسوقي (٩٨/٣) : لا (بسكون الشين وفتح الواو) والأوجب نقل الفتحية من الواو للشين وإبدال الواو ألفا لتحركها أصالة وفتح ما قبلها عروضا كما في «مغارة» .

(٢) المقدمات : ٥٥٧/٢ .

(٣) المقدمات : ٥٥٩/٢ .

(٤) تذكرة الفقهاء : ٥١٦/١ .

(٥) الخطاب على خليل : ٤١٤/٤ .

السلعة . ونص كلام ابن رشد في هذا ^(١) : اشترط المشتري الخيار . . . ولم يبين أنه إنما يشترط الخيار للاختبار ، وأراد قبض السلعة ليختبرها ، وأبى البائع من دفعها إليه وقال : إنما لك المشورة إذ لم تشتط قبض السلعة في أمد الخيار للاختبار ، فالقول قول البائع ، ولا يلزمه دفعها إليه إلا أن يشترط ذلك عليه . بل ذكر أنه ليست من القرينة الحالية في المشتري طول مدة الخيار إذ يحتمل أنه فسح في الأجل للمشورة الدقيقة .

وهناك ثمرة عملية أخرى لتحديد الغرض من الخيار (دون تفرقة بين اقتضاره على المشورة أو الاختبار ، أو الجمع بينهما) تلك هي أن أمد الخيار - وهو على ما سئى عند المالكية ملحوظ فيه العرف والعادة - شديد الارتباط بالغرض من الخيار « فإذا كانت العلة في اجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه ، أو الاختبار ، فحدّه قدر ما يختبر فيه البيع ويرتأى فيه ويستشار ، على اختلاف أجناسه واسراع التغير إليه وإبطائه عنه » فأمّد الخيار في البيع إنما هو بقدر ما يحتاج إليه في الاختبار والارتياح مع مراعاة اسراع التغير إلى المبيع وإبطائه عنه خلافاً للشافعي وأبى حنيفة رحمهما الله في قولها انه لا يجوز الخيار في شيء من الأشياء فوق ثلاث . . . » ^(٢) .

المبحث الثاني

الخيار الحكمي مؤيد وجزاء

إذا ألقينا نظرة على المؤيدات التشريعية ، غير التأديبية ^(٣) ، رأينا أنها تشتمل على أنواع أربعة من النتائج المتفاوتة الأثر ، وهي بدءاً من أشدها

(١) المقدمات لابن رشد : ٥٥٨/٢ .

(٢) ابن رشد ، المقدمات : ٥٥٩/٢ - ٥٦٠ .

(٣) تنقسم المؤيدات إلى تأديبية ، وهي العقوبات المشروعة للزجر عن ارتكاب الجرائم ، وإلى تشريعية (أو مدنية) وهي ما يترتب الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج ، أو كلها ، بتجريد التصرف المخالف من اعتباره الشرعي تجريداً كلياً أو جزئياً ، فيفقد به كل نتائجه أو بعضها (ر : المدخل الفقهي العام ف ٣١٣ و ٣١٤)

أثرا : البطلان ، فالفساد ، فالتوقف ، فالتخير . وبهنا من أولئك : النوع الأخير ، فهو فى هذا الباب مؤيد يمنح الشارع بمقتضاه أحد العاقدين الحق فى إعادة التوازن العقدى بعد تعرضه للاختلال ، وهذا التوازن يحتل كلها شييت ارادة المتعاقدين وطغت مصلحة الآخر وحالت دون تحقق تمام الرضا . فالخيار الحكيم يحول العاقد المتضرر فسخ العقد إن شاء .

ولا يظهر اعتبار الخيارات كمؤيد الآ فى القسم الحكيم منها وهو الذى يدور على شوائب الارادة وثبت بحكم الشارع . أما الخيارات الارادية ، كخيار الشرط مثلا ، فليس التخير فيها مؤيدا شرعيا (أو حقوقيا) لأنه مجرد تحفظ حصل عليه عاقد بإرادة صاحبه وموافقته ، ويهدف إلى جلب المصلحة لصاحب الخيار . فى حين أن الخيارات الحكيمية هى لدرء الضرر عن صاحب الخيار لما فيها من حرمان المتصرف من النتائج المتفاعة له لحصوله عليها بطريق غير محقق لصحة التراضى .

المبحث الثالث

الخيار الارادى وصلته بالشورى

لابد من التنويه ، فضلا عما ذكرنا من حكمة الخيار ، بكون الخيارات الارادية مجالا للتروى وميدانا للمشورة ، وتمحيص الآراء ، وتنقيح الأنظار للوصول إلى ما هو أهدى سبيلا ، وفى ذلك استجابة للدعوة النبوية التى تضمنها قوله صلى الله عليه وسلم : « احرص على ما ينفعك » ^(١) فالخيار الارادى مرفق يحتاج به الانسان لنفسه لإتاحة فرصة المشاورة . قال ابن رشد (الجد) : « وقد يحتاج فى ذلك كله إلى رأى غيره ، فيريد أن يستشير فيه ، فجعل له الخيار ، رفقا به » ^(٢) .

(١) أخرجه مسلم فى صحيحه : ٥٦/٨ .

(٢) المقدمات : ٥٥٧/٢ .

ثم ان (المشورة) أهم من (الاختبار) - وهما غرض الخيار الارادى كما رأينا - لأنها تتجاوز البحث فى صفات العقود عليه إلى صفة العقد وملابساته سواء من الناحية المجردة أو الشخصية المتأثرة بظروف التعاقد .

وفضلا عن ذلك ان (المشورة) لا يمكن نفيها من أغراض الخيار ، فى حين يتنى (الاختبار) ويعتبر لغوا من بعض الأشياء ، ويضرب ابن رشد لذلك مثلا نوره - دون التسليم بسلامته فى العصر الحاضر أو مطلقا - وهو أنه بعد أن ذكر الحاجة إلى الاختبار فى شراء العبد ^(١) « يختبر عقله وخلقه وخدماته وبلادته ونشاطه » والدار « يختبر بناؤها وجيرانها ومكانها . . . والذواب يختبر خلقها وسيرها . . . وأما الثياب والعروض فلا وجه للاختبار فيها ، وإنما الخيار فيها للمشورة خاصة ، أو ليقس على نفسه ما اشترى من ذلك اللباس » ^(٢) . فالهم من هذا الفرع أن المشورة غرض لا يخلو منه عقد فى حين يثبت غرض الاختبار أو يتخلف .

هذا ، وان غرض الخيار الأهم (المشورة) قد يصبح أمرا لازما للعقد إن أُلزم به نفسه ، وذلك فيما لو اشترى على أن يستأمر فلانا ، فقد نص الشافعى على أنه ليس له الفسخ أو الاجازة قبل استشاره ، وسيأتى مزيد بيان لهذا فى الكلام على خيار الشرط . وصاحب الخيار .

(١) المقدمات : ٥٥٧/٢ .

(٢) المقدمات : ٥٥٨/٢ .

الفصل الثاني

تاعدة الخيار وخضائمه

وفيه ثلاثة فروع

- الأول - منطلق فكرة الخيار : اللزوم
- الثاني - سلب اللزوم وموقع الخيار فيه
- الثالث - أصالة اللزوم ، وامتناء الخيار

الفرع الأول منطلق فكرة الخيار اللزوم

المبحث الأول معنى اللزوم

ان دور الخيار فى المعاملات العقدية يلمح من خلال مبدأ فقهي يظله ، وهو اللزوم . ولذا ينبئ الاستهلال بالحديث عن معنى اللزوم ومفهومه والتعرف إلى موقعه فى التقسيم العقدى ، وبعدئذ تتميز فكرة الخيار ، كما تتميز الأشياء بضدها ، لأن اللزوم مقابل للتخير ، والتخير أحد الأمور التى تسلب لزوم العقد .

من معانى الالتزام - أو اللزوم - عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، ويسميه الفقهاء عقدا لازما أو ملزما ، ويستحسن عند بعض المؤلفين تخصيص (الالتزام) بمعنى انشاء الالتزامات ، أما (اللزوم) فيطلق على عدم امكان الرجوع عن العقد ^(١) .

وللعقد - كما هو معروف - قوة ملزمة بفضلها اعتبر مصدرا من مصادر الالتزام وتلك القوة للعقد تماثل القوة الالزامية للشرع - أو القانون - ومستندة فى الشريعة الآيات الآمرة بالحفاظ على العهد كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » ^(٢) . لكن تلك القوة الالزامية للعقد عليها قيود تخفف من

(١) للدخل التفهيم للشيخ مصطفى الزرقا ف ١٩٥ .

(٢) الآية الأولى من سورة المائدة ، والآية ٣٤ من سورة الاسراء .

وطأتها^(١)، وإن كان بعض الكتاب قد اعتبر جائزاً- تلك القيود نقاطاً وهنـ.
وقيود الالتزام هي زمرة العقود غير اللازمة بطبيعتها ، والخيارات المعروفة^(٢)

المبحث الثاني

اللزوم في تقسيم العقد

يتنوع العقد إلى أنواع عديدة أشهرها تقسيمه بالنظر إلى الشرائط الأربع : شرائط الانعقاد ، وشرائط النفاذ ، وشرائط الصحة ، وشرائط اللزوم ، يأخذ العقد اسمه الوصفي وحكمة وآثاره بحسب استيفاء هذه الشرائط .

فأقسام العقد هي :

- ١ - منعقد ومقابل له باطل .
 - ٢ - صحيح ، ومقابل له فاسد .
 - ٣ - نافذ ، ومقابل له موقوف .
 - ٤ - لازم ، ومقابل له غير لازم ، ويسمى الجائر .
- هذا هو التقسيم المتداول^(٣) ، و (الموقوف) فيه قسم للصحيح ونظير له ، وهذه إحدى طريقتين لمشايع الحنفية .

أما الطريقة الأخرى فقد ظهر فيها (الموقوف) كقسم من أقسام

(١) يقول العزبن عبد السلام في القواعد ٨٣/٢ في معرض ما يطأعنه بعض أحكامه فذكر من ذلك البيع ، وقال عنه : «وقترن الانقضاء والصحة بآثر حروفه على الأصح ويراعى لزومه إلى الإجازة والافتراق

واقضاء خيار الشرط . . .

(٢) التعبير عن الإرادة ، وحيد سوارف ٦١٦ و ٦١٧ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية ، المواد (٣٦٩-٣٧٧) ، ومرشد الحيران ، المواد (٣١١-٣١٣) وللنخل الفقهي

العام ، ف ٣١٤ و ٣٤٩ .

الصحيح متفرع عنه وقال ابن عابدين : إن هذا هو الحق ^(٣) . وبناء على ما رجحه ابن عابدين في الموقوف يكون (اللزوم) أيضا من أقسام الصحيح لا قسما له لأن (اللزوم) مرحلة أدنى من التوقف في مراحل العقد الأربع فالعقد قسمان :

١ - معتقد أو باطل .

٢ - ثم المعتقد صحيح أو فاسد .

الفرع الثاني سلب اللزوم وموقع الخيار فيه المبحث الأول الخيار سالب للزوم

إن سلب الخيارات لزوم العقد من بدائه الفقه ، حتى أن بعض الفقهاء المصنفين الذين قسموا العقد إلى لازم وجائر عبروا عن ذلك بقولهم : لازم ، وغير ، أو لازم وفيه خيار ..

ومقاد سلب الخيار لزوم العقد أن يجعل العقد المشتمل على خيار مستويا في الصفة مع المعقود غير اللازمة كالمأزاة والوديعة ومع هذا لا يعسر التمييز بينهما لأن عدم اللزوم في تلك العقود ناشئ عن طبيعتها الخاصة (كما سيأتي) ، أما في الخيارات فعدم اللزوم طارئ بسببها .

ومع وضوح اتصال الخيارات بفكرة سلب اللزوم ذهب إلى إنكارها بشدة غريبة (هاشم معروف الحسيني) قائلا : « العقد يتعقد لازما ويستمر

(١) رد المحتار ٥٠١/٤ ط ٢ متقولا عن البحر ، بمناسبة تنوع شرائط البيع ، وقال : مشى عليها في الحاوي ، وكذلك الزيلعي فانه قسم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف (وهو في البحر الرائقي ٧٠/٦ و ٢٢٧/٥) .

(٢) جرى الشيخ أحمد إبراهيم على تقسيم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد ، ثم قسم الصحيح إلى موقوف ونافذ ، وقسم النافذ إلى لازم وغير لازم (المعاملات الشرعية ٩٦)

على ذلك حتى في ظرف ثبوت الخيار للمتعاقدين ، بل حتى بالنسبة إلى الخيارات التي تولد مع العقد ، كما في خيارى المجلس والحيوان ، ذلك لأن الخيار مفاده اعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطة على حل العقد فى حالات . . . ولا يتزعزع العقد إلا إذا نفذ صاحب الخيار الحق المجهول له . ولو كان مرجع الخيار إلى أن العقد يصبح جائزا لكان حكما شرعيا كجواز الرجوع فى الهبة وفى العارية والوديعة ونحو ذلك من العقود الجائزة^(١) . وهذا الإراد الأخير مردود فليس جواز العقد أو عدم لزومه منحصرا فى العقود غير اللازمة بطبيعتها . أما كون العقد يتعقد لازما ويستمر حتى فى ظروف ثبوت الخيار فلا مسأغ له إلا إذا كان المقصود ارتباط المتعاقدين بمقتضى العقد وعدم الحرية المطلقة فى فسخه عراه إلا بحسب الصلاحية الممنوحة بالخيار من حيث المدة والكيفية .

المبحث الثانى

دور الخيار فى سلب اللزوم

فالتخير يقابل اللزوم ، لكنه ليس وحده بإزاء اللزوم ، بل ينضم إليه فى ذلك ثلاثة ، هي : طبيعة عدم اللزوم - حالة التوقف - حالة الفساد .
الأول - طبيعة عدم اللزوم فى العقود غير اللازمة :
وهى العقود التي يستطيع كل من العاقدين أو أحدهما فسخها بمجرد إرادته دون الحاجة إلى موافقة الآخر .

(١) ومن هنا تنقسم العقود إلى عقود لازمة للطرفين ، كالبيع ، أو غير لازمة للطرفين كالشركة ، أو غير لازمة لطرف ، كالرهن بالنسبة للمرتين . (القواعد ، للمّ زين عبد السلام ١٢٥/٢ - ١٢٨ والمجموع للتوى ١٨٦/٩) وهذا تقسيم بالنظر إلى الطرف المستفيد من عدم اللزوم . وفى المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقا ف/ ١٩٧ - ٢٠٢ تقسم آخر بالنظر إلى طبيعة عدم اللزوم ذاتها ، بين أصالتها أو طروئها ، فهى إما غير لازمة للطرفين مطلقا ، وإما غير لازمة إلا لطائفة فتلزم ، وإما لازمة لكن فى طبيعتها شئ من عدم اللزوم فى ظروف محددة ، فليرجع إلى بيانه التفصيلي وأمثله وإن كانت على أساس المذهب الحنفي فقط .

والثاني - حالة التوقف :

فالعقد الموقوف ، بالإضافة إلى وصفه بأنه غير نافذ ، يوصف بعدم اللزوم ، لأنه يحق فسخه لكل من العاقدين والمالك . (وله وحده حق لإجازته أيضا) لعدم نفاذه في حقه ، أما البائع (الفضولي مثلا) فله وللمشتري حق الفسخ - دون الإجازة طبعاً - وتمكينهما من الفسخ دال على عدم لزومه في حقها . قال الحصكفي : وأفاد كلامه (أى التمرتاشي) أن للمالك الإجازة والفسخ ، وللمشتري الفسخ لا الإجازة ، وكذا للفضولي قبلها (أى قبل الإجازة من المالك)^(١) . وأشار ابن عابدين إلى أن حق المشتري في الفسخ مقيد كذلك بأن يقع قبل صدور الإجازة من المالك . وهذا منطقي لأنه بصدورها يغدو لازماً فلا يؤثر فيه الفسخ من طرف واحد وصرح ابن عابدين نقلاً عن البحر في فسخ المشتري للموقوف بأنه كان « تحزاً عن لزوم العقد » وفي فسخ الفضولي « ليدفع الحقوق عن نفسه ، فانه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته »^(٢) .

ويتضح وجه اعتبارهم الموقوف مسلوب اللزوم من مراعاة ارتباط شرائط العقد ببعضها ، أى شرائط الانعقاد والنفاذ والصحة واللزوم . فقد تكون الزمرة من هذه الشرائط مشترطة أيضاً في زمرة أخرى « فكل ما كان شرطاً للانعقاد والنفاذ كان شرطاً للصحة ضرورة » ، وليس كل ما يكون شرطاً للصحة يكون شرطاً للنفاذ والانعقاد عندنا ، فإن البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وإن لم يكن صحيحاً »^(٣) .

فالباطل كما هو غير منعقد هو غير صحيح وغير نافذ بالبداية . وشرائط الصحة في تعداد صاحب البدائع - هي شروط الانعقاد والنفاذ ، مضافاً إليها

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ١١٥/٥ .

(٢) رد المختار ١١٥/٥ - ١١٦ .

(٣) البدائع : ١٠٩/٥ .

ما يشترط من غيرهما « لأن ما لا ينعقد البيع بدونَه لا يصح بدونَه ، ولأن ما لا ينفذ البيع بدونَه لا يصح بدونَه ضرورة ، إذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفذ »^(١) ونحو هذا التصريح في البحر لابن نجيم ، بل كان أصرح منه حينما قال عن شرائط الزوم « وأما الرابع وهو شرائط الزوم ، بعد الانعقاد والنفذ ، فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة وباقي الخيارات »^(٢) . ولكن إدراج الفاسد والموقوف في حالات سلب الزوم بعد أن عرفنا ما يسوغه (لا الباطل لأنه وراء الانعقاد) يجب أن لا يتخلل بالاصطلاح المألوف من إطلاق (اللازم) على ما لا يطلق عليه (الموقوف والفاسد) فهذه اصطلاحات مرعية بخطئ من التزم بها ثم حاد عنها^(٣) .

الثالث - حالة الفساد :

ذلك أن العقد الفاسد يحق فسخه لكل من الطرفين - وللمحاكم ذلك أيضا - ألا مانع شرعي من الفسخ . قال الكاساني : فكان الفساد قويا فيؤثر في صلب العقد بسلب الزوم عنه ، . فيظهر عدم الزوم في حقها جميعا . . . العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد . . . وقيامه يمنع لزوم العقد^(٤) .

ملحوظة : ذهب الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا إلى أن سلب صفة الزوم عن العقود اللازمة له حالتان عدا حالة الخيارات ، هما الإكراه والفساد^(٥) فلم يذكر الموقوف وقد سبقت الإشارة إلى دواعي ذكره ، وهو أولى من حالة الفساد بالذكر ، لأن العقد الفاسد قد يستطيع العاقدان جعله

(١) البحر : ١٦/٦ ونقله ابن عابدين وأقره في هذا مع اعتناكه بإحصاء الشرائط حيث كانت شرائط الزوم - باعتبار المشار إليه من احساب شرائط الانعقاد والزوم والصحة - أكثرها عددا .

(٢) رد المختار : ٥٠٥/٤ - ٥٠٦ والبيهقي : ١٦/٦ .

(٣) عبر الشيخ أحمد إبراهيم عن شرائط الزوم بقوله : هي خلو العقد من الخيارات بعد توافر شروط الانعقاد والصحة والنفذ (الماملات الشرعية ١٢٠) .

(٤) البدائع : ٣٠٠/٥ .

(٥) المختل الفقهي العام ف ٢٠٣ .

لازما باتصال القبض ، أما الموقوف فلا قبل لها بذلك ألا باجازه ثالث هو المالك ، أو ولي ناقص الأهلية ، أو صاحب الحق المفتأت عليه .
 أما حالة الإكراه فهي مندرجة فيما ذكرته ، لأن العقد الذى حصل نتيجة الإكراه لم تخرج أقوال الفقهاء المصححين له (بعد استثناء الشافعية والحنابلة القائلين بطلانه)^(١) لم تخرج عن ثلاثة أقوال : فاسد (وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد) أو موقوف (وهو قول زفر) أو فيه الخيار (وهو قول مالك)^(٢) والحالات الثلاث التى سبق أن ذكرتها (الخيار والموقوف والفاقد) ترحب صدرا بهذه الآراء جميعا ، فلا داعي لاعتبار (الإكراه) حالة مستقلة ، لكن إغفاله ذكر (الموقوف) ألجأ إلى ذلك .

المبحث الثالث

منازل الخيارات فى سلب اللزوم

هناك عبارات فقهية تدل على التفاوت فى منزلة الخيارات من حيث سلب اللزوم نظرا إلى أثر الخيار على علة الحكم ، والمراد بالعلة هنا العقد الذى لا يتخلف عنه الحكم فى الأصل ، كالبيع هو علة لحكمه من لزوم تماكس المالكين فى البديلين وفى البيع بخيار قد تخلف عن العلة (أى البيع) مقتضاها الذى هو حكم البيع .

وبما أن الموانع متفاوتة فى قوة المنع ، فبها ما يمنع انعقاد العلة من البداية فلا بدعها تمضي لإحداث الأثر ، فالمانع هنا يثد العقد فى مهده ، وهو ما يحصل بتخلف شريطة من شرائط الانعقاد ، ومن الموانع ما يمنع تمام العلة ، أى نفاذ العقد ، بتخلف إحدى شريطتي النفاذ (الملك أو الولاية - وانتفاء تعلق حق الغير فى المعقود عليه) ثم يأتي دور الخيارات فى المنع وهو منع مسلط على (الحكم) لا (العلة) فهي قد كتب لها الانعقاد والنفاذ كسهم توفرت

(١) مفتي المحتاج ٧/٢ - ٨ كشف المتناع ١٥٠/٣

(٢) البدائع : ١٨٦/٧ رد المحتار : ١٢٥/٥ التوسقي على الشرح الكبير ٦/٣ .

وسائل تسديده ثم انطلق دون أن يحجزه شيء عن بلوغ الهدف « فخير الشرط يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد (ونفاذ) العلة » إذ يمنع ثبوت حكم البيع وهو خروج المبيع عن ملك البائع ، وشبهه ابن المهام باستتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه ^(١) . ويليه في قوة المنع خيار الرؤية ، لأنه يمنع تمام الحكم بعد ثبوته (وهو غير تمام العلة) وأخيرا خيار العيب يمنع لزوم الحكم .

وفضلا عن التفاوت في أثر الخيار على العقد اللازم لسلب لزومه يلحظ فارق ، في نظر الحنفية ، بين خيار العيب وبين خياري الرؤية والشرط في وضعهما الشرعي من حيث سلب اللزوم بين أن يتصف بالأصالة أو الخلفية ، لهذا الفرق أثر في الحكم باعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق المتعاقدين فحسب .

فخيار الرؤية والشرط ، لما أن حق الفسخ فيها « ثبت أصلا لأنها يسلبان اللزوم في أصل العقد ، فكان بالفسخ مستوفيا حقا له ، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء » ^(٢) .

أما خيار العيب فإنه يفرق فيه بين القبض وعدمه لما أن « حق الفسخ بالعيب ما ثبت (باعتباره) أصلا . لأن الصفة تمت بالقبض بل (ثبت) بغيره ، وهو استدراك حقه في صفة السلامة » ^(٣) .

(١) فتح القدير : ١١٠/٥ .

(٢) فتح القدير : ١٦٨/٥ .

(٣) فتح القدير : ١٦٨/٥ وذكر بعد ذلك أثر هذا الفرق في اعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق العاقدین خاصة .

وسياقي في محله المناسب .

الفرع الثالث

أصالة اللزوم ، واستثناء الخيار

المبحث الأول

أصالة اللزوم

لقد قرر الفقهاء أن الأصل هو لزوم العقد ، لكن عباراتهم اختلفت في بيان هذه الفكرة اختلافًا يقطع الشك ويزيد الأمر وضوحاً .

من ذلك التصريح بأن « الأصل في العقود أن لا خيار » ^(١) أو كما يقول البابرتي : الخيار ليس من لوازم البيع ، بل الأصل عدمه ، وكم من مبيع لا خيار فيه ^(٢) أو كما يقول الغزالي : الأصل في البيع اللزوم ، والخيار عارض ^(٣) .

ومن ذلك التعبير بكلمة (البت) المرادفة للزوم ، قال ابن راشد القفصى المالكي : « الأصل البت ، والخيار انما يكون بشرط » ^(٤) .

ومن ذلك - وهو الأغلب في تعابيرهم - أن الأصل في البيع اللزوم ^(٥) . وفي معنى البيع العقود الأخرى التي لم تندرج في العقود غير اللزومة .

(١) بداية المجتهد : ٨/٢ ط ٠٢ .

(٢) العناية شرح الهداية : ١٢٥/٥ والرجيز : ١٤٠/٢ .

(٣) كثير من الفقهاء استبدل كلمة (البيع) بكلمة العقد وهو من استبدال الذي هو خاص بالذي هو عام ولا شك أنه من باب التمثيل .

(٤) لباب اللباب : ١٤٦ .

(٥) تكملة المجموع للسبكي : ١٣٥/١٢ وقال : وذلك متفق عليه مضافاً إلى المحتاج : ٤٣/٢ المكاسب : ٢١٤ وقد

أفاض في الاستدلال لهذه القاعدة ، فجعلها مما تدل عليه الآيات التالية : أو فوا بالعقود ، وأحل الله البيع ، .
الأ أن تكون تجارة عن تراض ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . وحديث المؤمنون عند شروطهم . . الخ
بوجه من الدلالة .

والمراد بكلمة (العقد) أو (العقود) فى بعض التعابير ليس مطلق العقد ذلك أن فيه الصحيح والفاقد ، واللازم بطبيعته ، فالمراد من العقود ما كان صحيحا منها أما العقد الفاسد فهو مسلوب للزوم مستوجب الفسخ شرعا (١) فلا تتظمه أصالة اللزوم المقررة للعقد الصحيح .

كما أنه يخرج من إطلاق العقد ما كان متسايا بطبيعة عدم اللزوم وهى عقود ذوات عدد تميزت بتلك الخاصة ، وسرت آثارها فى أحكام تلك العقود (٢) . وقد سبق التحدث عنها .

وثمره البيان المتكرر من قبل الفقهاء لأصالة اللزوم التوصل إلى أنه أثر طبيعى للعقد لا يحتاج ثبوته إلى اشتراط أو نص ، بل ان الخروج عنه يستلزم اشتراطا خاصا يتمثل فى أحد الخيارات المعبرة (٣) .

المبحث الثانى

استثناء الخيار

بعدما رأينا من تسليم المبدأ السابق القائل : أن الأصل هو اللزوم فى البيع وأمثاله من العقود الصحيحة التى لم تطبع على عدم اللزوم ، تنتقل إلى معرفة طبيعة الخيار هل هو أصل أيضا فى مجاله ، أم أنه استثناء وخروج عن القاعدة ؟

(١) رد المحتار : ٩١/٥ .

(٢) القواعد للزبن عبد السلام : ١٢٥/٢ للدخل الفقهى المام : ف ١٩٧ - ٢٠٢ .

(٣) يقول الشيخ أحمد فهمى أبوسنة : الأصل فى العقود أن تثبت أحكامها على وجه الابتداء وانهاى واللزوم . وقد يمنع من ذلك وجود خيار فى العقد . (الشرف والمادة فى رأى الفقهاء ١٧٣) .

لقد تواردت عبارات الفقهاء على أن البيع بالخيار (والمراد به الخيار الارادى) ^(١) ثبت على خلاف القياس ^(٢) ، أو مخالف للأصل - أو الأصول - .

أما القياس الذى خولف بثبوت الخيار فليس هو القياس الأصولى القائم على إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها ، فى الحكم الذى ورد به النص ، لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم وانما المراد عمدة القياس وهو الأصول المنصوصة وهى أهم أركان القياس (الأصل والفرع وحكم الأصل وعلة الحكم) ونظرا إلى أن النصوص أكدت فكرة اللزوم فى التى وردت النصوص بحكمها ، فالقياس إن وقع فعليها، وما خالفها فهو بمنزلة ما جاء على خلاف القياس .

أما المراد بالأصل الذى خولف بإثبات الخيار الارادى فإن كلمة الأصل يراد بها المعانى التالية :

١ - الدليل ، ومنه تسمية علم (أصول) الفقه ^(٣) - ، ومنه أيضا (النص) فى مبحث القياس ^(٤) .

٢ - المرجح . ولا يناسب ارادتهما هنا ، لأنه لا مجال للرجحان بين اللزوم

(١) بل فى الخيار الحكيم طابع الاستثناء أيضا ، مع فارق الثبوت بالشروع فيه عن النشوء بالشرط فى الارادى ، فلا خيار المجلس ، وهو أقوى الخيارات الحكيمة ثبوتا عند القائلين به ، يقول فيه الغزيرين عبد السلام : « دخل فى البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته . . . ولو شرط أحد المتعاقدين (سقوط) خيار المجلس لسقط على المختار ، لأن سقوطه موافق لمقاصد العقد (القواعد ١٢٦/٢) ثم قال : بخلاف ما لو شرط نفي الملك والقبض لأنها مراغبات لمقاصد العقد .

(٢) ضع التقدير : ١٠/٥ والروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، للسياحى : ٥٠٦/٣ والبدائع : ١٧٤/٥ و ٢٠١٥ .

(٣) يرجع إلى تعاريف أصول الفقه فى معظم مطولات الأصول . ويقول ابن تيمية فى المسودة (ص ٥٧١) بأن من أوسع اطلاقات الأصل فى مجال أدلة الشرع تناول الكتاب والسنة والاجماع . فاشتراط الخيار غير مخالف للاجماع بل هو من مستنداته « وهو كاف » كما قال النووى (المجموع ٢٠٤/٩) .

(٤) يرجع أيضا إلى مبحث القياس فى كتاب الأصول كافة ، ومن ذلك قولهم : كثرة الأصول مما يكون به الترجيح بين الأقيسة « (المعارض والترجيح للذكور محمد حسن فايد ص ٤٤)

وعدمه كما أن اثبات الخيار ليس مخالفا للأدلة أو النصوص .
٣ - الاستصحاب ، بمعنى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما . .

٤ - القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك .
٥ - المعنى اللغوي بمعنى ما وضع عليه الأمر وابتنى عليه . والمراد هنا : أن وضع البيع وبناءه عرفا وشرعا على اللزوم وصيرورة المالك الأول كالأجنبي ، وإنما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لأحدهما أولها يسقط بالاسقاط وبغيره ، وليس البيع كالمبة التي من حكمها في الشرع جواز رجوع الواهب . . (١)

وهذه المرادات الثلاثة الأخيرة صالحة للقصد هنا وخاصة المراد الرابع (القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك) . وترجيحها يؤدي بنا لمعرفة الثمرة أو الفائدة العملية لهذا البحث . وقد صرح بذلك السياغى فى قوله : شرط الخيار يرفع استقرار العقد ، إذ يصير به كالمقيد بمستقبل ، فكان مخالفا للقياس ، « فيقتصر منه على ماورد » (٢) .
والذى يظهر لى أن الخيارات ليست سواء فى هذا ، فخير الشرط وأمثاله مما ثبت للتروى ، وكان ثبوته بإرادة العاقد هو الذى ثبت على خلاف الأصل وعلى سبيل الاستثناء من القاعدة التى هى اللزوم ، وقد كان لهذا أثره فى أحكام تلك الخيارات ، كمنع الزيادة عن ثلاثة أيام فى توقيت خيار الشرط (٣) . أما خيار العيب وأمثاله أى الخيارات التى تندرج عند بعض الفقهاء تحت اسم (خيارات النقيصة) وهى التى تثبت لاختلال الرضا وأحيانا لنقص المبيع أو مغاييرته للمعقود عليه فهى ليست مخالفة للأصل ، بل إن ثبوتها أصل فى ذاته . وفى ذلك يقول الكاسانى (٤) : « لما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع

(١) المكاسب للانصارى ص ٢١٥ .

(٢) الروض المنير : ٥٠٦/٣ .

(٣) بدائع الصنائع : ١٧٤/٥ والمجموع : ٢٠٤/٩ .

(٤) البدائع : ٢٧٤/٥ .

فلا يلزم حكمه . ثم أفاض فى بيان دواعى خيار العيب ، إلى أن قال : « فانهدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل » .

هذا ، وقد تكرر عند الحنفية والشافعية فى أمر توقيت خيار الشرط ، بالاختصار على أقل مدة ، لأنه « كان مقتضى الدليل منع شرط الخيار ، لما فيه من الغرر ، وانما جَوِّز للحاجة ، فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالباً »^(١) .

أما فكرة الاختصار من الخيار على ما ورد - كما يقول السياغى - فيجب تفسيرها بما ثبت الدليل عليه فى نص أو إجماع أو قياس ، فإن الكثير من الخيارات ثبت بالآخرين ، لا بالنص^(٢) .

بل ان هذا رأى لا يقطع السبيل على استحداث الجديد من الخيارات التى تدعو إليها الحاجة بعد أن تستوفى فى اعتبارها المبادئ العامة للعقود والشروط ويستأنس فى ذلك أيضا بالأحكام العامة للخيار .

وجدير بنا أن لا نخال هذا الحكم على الخيار بالثنيا مما يضعفه أو يهون من أمره ، فلنسمع ما يقول المرغينانى فيه : « الخيار من مواجب العقد وأحكامه »^(٣) فهو ليس دخيلاً على العقد أو نشازاً بل هو موجب للعقد المقترن باشتراط حق العاقد فى الانسحاب من عقد لا يحقق الخير له . .

(١) المجموع شرح المهذب : ٢٠٤ / ٩ .

(٢) الروض النضر : ٥٠٦ / ٣ .

(٣) الهداية : ٣٠ / ٣ .

الفصل الثالث

الموضع الفقهى للخيار

وفيه ثلاثة فروع

- الأول - صلات الخيار بنظريات عامة
- الثانى - مخالفة الخيار لمبادئ عامة
- الثالث - اعتبارات فقهية للخيار

تمهيد :

ان الخيار - شأن كل مبحث فقهي متشعب - لا ينحصر الكلام عنه في موطنه الخاص دون غيره من الأبواب الفقهية ، بل تنشأ له بتلك الأبواب صلات تفرع وتطبيقات وأوصالات استثناء واحتراز لما يليقه من قيود على بعض المبادئ العامة ، كما أنه يترك آثاره - أو يتأثر - بما تقتضيه نظريات فقهية أخرى كثيرة الأفراد والمشمولات . . وأخيرا للخيار عامة آثار غير آثار كل خيار على حدة ، فقد يتعين اتخاذ اجراء في البيع مثلا مراعاة لوجود الخيار . . وتلك الاعتبارات الفقهية الملحوظ فيها عامل وجود الخيار كثيرة ومتناثرة في أبواب الفقه ، وليس من اليسر حصرها انما الغرض ذكر ما ساقط إليه المصادفة وسيكشف التسبع الكثير منها .

الفرع الأول

صلات الخيار بنظريات عامة

المبحث الأول

صلة الخيار بنظرية العقد

تنشأ صلة الخيارات بنظرية العقد من حيث ان الخيارات هي قيد بالغ الأهمية في تلك النظرية ، كقيد الشروط . . غير أن الشروط هي لتحصيل زائد عن مقتضى العقد لمجرد الترفيه وجر المغمم ، أما الخيارات فقد يقصد منها ذلك كما يقصد منها دفع ضرر يلحق بالعاقد ليس من المقتضى الأصلي للعقد بل من مخالفة العاقد الآخر لمقتضاه ، وسبيل ذلك إيقاف قوة اللزوم في العقد لتمكين العاقد من فسخه .

ولكل من الخيارات موقعه في نظرية العقد ، بحسب طابعه ودواعي نشوئه ، بعد أن تكون جميعها مؤثرة في سلب لزوم العقد ، فبعض الخيارات تقتصر صلته بنظرية العقد على هذا العامل كخيار الشرط وخيار المجلس مثلا ، في حين يتصل بعضها بصحة التراضي وسلامة الارادة من الشوائب

والعيوب ، ويتصل بعض آخر منها باختلال التنفيذ .

فتعلق الخيارات بنظرية العقد يكاد يتركز في موطنين منها ، حيث يجتذبان إليهما معظم الخيارات ، وهما :

١ - صيغة التعاقد ، بسلامة الارادة العقدية وصحة التراضي فيها وما يتصل بذلك من عيوب الارادة وشوائب الرضا .

٢ - آثار العقد من حيث النفاذ واللزم والتنفيذ . . وهذان الجانبان هما أهم جوانب العقد من الناحية العملية ، فإذا أدركنا عراقية موقع الخيار في نظرية العقد ووثاقة الصلة بينها آن لنا التفتد الاجمالى للوشائج الرابطة للخيار بالنظرية الأم وسنجد الخيارات موزعة في دقة لتعديل ما ينجم عن قوة اللزوم من اختلال الرضا لأحد العاقدين فيوافق الخيار طبقه . . ويتحقق العدل المنشود من المعاملات . . قال الكاسانى : « اختلال الرضا فى البيع يوجب الخيار » (١) .

أولاً - عند صدور الايجاب والقبول وهما صيغة العقد التى يراد بها الدلالة على توافق الارادتين يبرز (خيار الرجوع) عن الايجاب و (خيار القبول) له ، ثم (خيار المجلس) للتروى فى العقد المولود . .

ثانياً - إذا وجد العاقد أن مدة المجلس لم تكف للتروى واضطر لقطعها أو خاف من صاحبه احترامها لجأ إلى (خيار الشرط) جلباً لمصلحة العاقد . قال العزبن عبد السلام: « وقد لا يتحقق العاقد فى مدة المجلس أنه غابن أو مغبون فشرع خيار الشرط ، مقدراً بثلاثة أيام ، تكميلاً للغرض من شرعية الخيار » (٢) . ونحو ذلك يقال فى خيار التعيين والنقد والرؤية مما يهدف منه إلى التروى سواء كان ارادياً أو حكياً .

(١) البدائع : ٢٩٢/٥ .

(٢) القواعد : ١٢٦/٢ .

ثالثا - عند التعرّيج على صحة التراضي الذي هو لب نظرية العقد في أوج اكتمالها ، بدءا من أهلية العاقد و انتهاء بعيوب الارادة ، سنجد الخيارات العديدة متناثرة في هذا الجانب من نظرية العقد ، كالصّوى في الطريق أو كالجواهر في محاك الساعة فكلما خيف على ارادة العاقد من أن تعاب أو تشاب بشائبة ، وضع في يده مصير تلك العلاقة العقدية للموازنة والاختيار بين المضي فيها أو للإحجام عنها ، وأحيانا يدخل في الخيار مكنة التعديل كما في خيار العيب .

وشوائب الارادة هي الاكراه ، والتدليس (أو الخلالة) ، والغلط ، واختلال التنفيذ . فإذا تركنا الأضواء تنفذ في تضاعيف هذه الأمور الأربعة رأينا أن شائبة الاكراه تمنح المستكره خيارا عند المالكية ، وينوب عنه (التوقف) عند زفر و (الفساد) عند الحنفية ، و (البطلان) عند الشافعية (١) . .

أما شائبة الغلط ، ويراد هنا الغلط غير المانع من الانعقاد ، فنجد خيار الوصف ثم خيار العيب الذي لم يدلّسه صاحبه ، كما أن خيار الرؤية مظنة لغلط العاقد . ثم الغلط في القيمة يعالج بخيار الغبن مع التفرير ، أو خيار الغبن الفاحش عند مثبتيه ، ثم خيارات النجش والمسترسل وتلقي الركبان .

رابعا - إذا انتقلنا إلى عيب آخر من عيوب الارادة هو التدليس أو التفرير وهو يحدث بفعل كالتصرية ولها خيارها ، أو بقول وكذب فتبرز خيارات النجش والامترسال ، أو خيارات خيانة بيوع الأمانة كالمرا بحة والتولية والنقيصة .

خامسا - إذا غادرنا عيوب الرضا إلى آثار العقود يلوح لنا اختلال التنفيذ كعنصر جدير بالعلاج ، وكثيرا ما تنشأ عنه حالات لها صلة بالتراضي ويصاحبها خيار يتلافى به ما أحدثته من أثر . من ذلك : تفرق

(١) البدائع : ١٨٦/٧ رد المحتار : ١٢٥/٥ للسوقى : ٦/٣ الخرّشى : ٩/٥ الوجيز : ١٢٢/٢ .

الصفقة ، وظهور عيب غير مدلس ، وظهور المبيع مرهونا أو مأجورا ، ولكل هؤلاء خيارات معروفة . (١) .
وهكذا نجد أن الخيارات ما هي إلا محطات استراحة ، من عناء لزوم العقد كلما استحال ذلك المبدأ الضروري إلى رفق . . أو هي مراكز اسعاف من أدواء تعرض للعقد منذ ولادته إلى انقضائه .
المبحث الثاني

صلة الخيار بنظرية الفسخ

لم يضع الفقهاء نظرية عامة للفسخ ، بل تناثرت أبحاثهم فيه بمناسبات مختلفة بصورة حلول عملية جزئية ، أو أشباه وفروق وقواعد وعليها اعتمد من كتب في تلك النظرية (٢) . والفسخ المراد المقارنة به الآن ليس الذى عرّفه الفقهاء بقولهم : حل ارتباط العقد ، أو رفع للعقد من حيثه أو من أصله - على الاختلاف - فذلك تعريف لعملية الفسخ لا للفسخ بموجب النظرية العامة المعروفة فى القوانين الغربية ، فالفسخ بحسبها : « انقضاء الرابطة التعاقدية ، لاستحالة التنفيذ ، أو للامتناع عنه ، أو للاخلال به » . فالفسخ فى ضوء هذا التعريف ذو طبيعة مزدوجة ، فهو بالنسبة للدائن وسيلة من وسائل الضمان لمن يملك الفسخ يستطيع بها المحافظة على حقوقه بعد أن تعرضت للضياع بفعل المتعاقد معه أو بسبب أجنبى طارئ . وهو بالنسبة للمدين : جزاء قانونى لامتناعه عن التنفيذ أو لاخلاله به . وقد ارتأى الدكتور الذنون تعريفه فقها بأنه « انتهاء للعقد الصحيح ناتج عن شرط أدرجه المتعاقدان فى العقد ، أو شرط افترضه الشارع ، أو ناشئ عن استحالة تنفيذ الالتزام » (٣) وقد قصر

(١) تجدر الإشارة إلى أن معظم الفقهاء المصنفين أوردوا الخيارات فى كتاب البيع باعتباره أول عقود المعاملات وأهمها ، ولينظر من الكتابات الحديثة ترتيب منازل الخيارات فى نظرية العقد فى كل من مصادر الحق ، للسبهي ٢٣١ / ٤ ، ١ / ٢ - ٤٠ - ٥٧ و ٦١ و ١١٧ و ١٣٠ و ١٣٦ و ١٤٣ و ١٦١ و ١٧٥ والمدخل الفقهي العام الفقرات ١٨٦ - ١٩٦ و ٢٠٨ - ٢١٩ وغيرها .

(٢) النظرية العامة للفسخ ، للدكتور حسن على الذنون (رسالة دكتوراه) جامعه قواد الأول (ط . القاهرة) ١٩٤٦ ، مصادر الحق ، للسبهي ، بحث الفسخ فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢١٥ - ٢٤٣ الانتاع للشروع عن الوفاء ، للدكتور صلاح الدين الناهى ، رسالة دكتوراه بالقاهرة ١٩٤٥ .

(٣) النظرية العامة للفسخ ٣٢ .

الفسخ على العقد الصحيح فأسباب الفسخ مقتصرة على الأمور التي تطرأ على العقد فتمنع بقاءه ، كما لم يشر إلى الفسخ للامتناع لأن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالامتناع عن التنفيذ سببا من أسباب الفسخ (١) .

ولما تناول الدكتور الذنون أسباب الفسخ أو حالاته جعلها أربعة : استحالة التنفيذ ، والامتناع عنه ، والظروف الطارئة ، والخيارات (٢) . فالخيارات عنده من أسباب الفسخ ، والظاهر أن هذه الأسباب محددة بحسب مفهوم النظرية القانونية التي يكتبها . غير أن الدكتور السهوري حين أشار إلى معرفة الفقه الإسلامي بنظرية الفسخ قرر أن الفقه الإسلامي ضيق من مدى تلك النظرية وتوسع في فسخ العقد وراءها وذلك في حالتين ، هما : حالة العقد غير اللازم بطبيعته ، وحالة العقد غير اللازم لقيام خيار فيه (٣) . ثم كرر هذا الموقف باستبعاد طائفتين من العقود : (الطائفة الأولى منها) العقود التي يقوم فيها خيار ، لأن قيام خيار في العقد يجعله قابلا للفسخ ، ولكن ذلك لا يرجع إلى نظرية عامة في الفسخ ، بل إلى قيام الخيار ذاته (٤) .

أما التمييز بين الخيار والفسخ عامة فهو أن الخيار صورة من صور الفسخ فبينها خصوص وعموم مطلق فالخيار أخص من الفسخ .

المبحث الثالث

صلة الخيار بنظرية الشروط

لابد من توطئة في النظرة الفقهية إلى قضية الشروط هل الأصل فيها الإباحة حتى يرد دليل التحريم لفرد من أفرادها ، وعلى هذا لا حاجة للخيار

(١) النظرية العامة للفسخ ص ٣٢-٣٣ .

(٢) النظرية العامة للفسخ ص ٧٦ .

(٣) مصادر الحق ٦ / ٢١٥ .

(٤) مصادر الحق ٦ / ٢١٦ .

المشروط إلى ما يسوغه ، أم أن الأصل فى الشروط المنع والتحریم وأن لا يباح شرط ولا يصح الآ بدلیل معین على إباحته وصحته (١) ؟
وهذه المسائل تدعى فى الفقه مبحث الشروط فى العقد ، أو الشروط العقدية .

كما تسمى فى القانون : نظرية سلطان الارادة فى آثار العقد ، وإذا كان يعرف أصحاب الرأى الأول القائلون بأصالة الإباحة بمذهب الإطلاق ، وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وعندهما أنه مذهب الامام أحمد ، كما أنه الراجح عند الامامية ، فان أصحاب الرأى الآخر الذين يعتبرون الأصل هو التقييد مذهبهم التمسك بمقتضى العقد ويشمل الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الحنابلة (٢) .

ولا مجال للاستطراد فى تشعبات هذا الموضوع فله مراجعه المطولة (٣) ، والمهم أن القول باستثناء الخيار الارادى من قضية الشروط لا تتوافر دواعيه الا عند الآخذين بمقتضى العقد ، حيث ان الخيار فيه معارضة لها ، لأن العقد المشتمل على خيار قد خولف فيه مقتضى العقد ، فخيار الشرط فيه تعليق لوجود الالتزام على تحقق الاجازة ، وخيار النقد فيه تعليق لزوال الالتزام على تحقق الشرط وهو عدم النقد ، وهكذا .

وعلى هذا جاء تصريح ابن الهمام بأن « شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس ، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط » (٤) . والذين كتبوا فى نظرية الشروط ، كتابة مستقلة أو مرتبطة بمباحث العقد (٥) ،

(١) الاحكام فى أصول الاحكام لابن حزم ٣/٥ - ٦٤ والمجل ٤١٤/٨ .

(٢) ذكر ابن رشد من أسباب الفساد العامة فى العقود : الشروط التى تنول إلى الربا أو الغرر (بداية المجتهد ٨/٢) .

(٣) نظرية الشروط المقترية بالعقد ٦٠ - ٩٣ والمراجع المذكورة فيه .

(٤) فتح القدير : ١١٠/٥ .

(٥) يقول الشيخ زكى الدين شعبان : ان الحنفية والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة يظنون فيها بينهم على التصك بمقتضيات العقود وأحكامها وإبطال كل شرط يتألفها إلا إذا قام الدليل لمعين على صحته (نظرية الشروط ص ١٣٣) .

ذهبوا - بحق - إلى ترجيح اطلاق الاشتراط وعليه لا تنافى بين اثبات الخيارات الارادية التى تعتمد فى قيامها على الشرط . ولكن كيف وفق الفقهاء القدامى بين منع الشروط وإباحة الخيارات .

لا شك أن عذرهم فى هذا مراعاة النصوص والأقيسة التى أدت بهم إلى الذهاب لمشروعية تلك الخيارات فهى شروط منصوصة ، والتراع بينهم وبين القائلين بالاطلاق انما هو فى الشروط التى لم يرد فيها نص ^(١) .

ومن هنا جاء تقسيم الحنفية الشروط إلى أربعة أقسام هى : الذى يقتضيه العقد ، أو يلائم ما يقتضيه ، أو يدل النص على جوازه ، أو يجزى به العرف . وجعلوا الخيار من أمثلة الشرط الذى دلّ عليه النص أى الذى ورد الشرع بجوازه ، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ^(٢) ، قال الكاسانى ، بعد أن أورد فى الشروط الممنوعة الخيار المؤبد ، وبجهول الوقت ، والمطلق عن التوقيت ، والزائد عن الثلاث : « وأما شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمقصد ، استحسانا ، لحديث حبان بن منقذ ، ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم » ^(٣) ، وقال أيضا : خيار الشرط ملائم للعقد - كالأجل - وانما المفسد زيادة مدته ^(٤)

الفرع الثانى

مخالفة الخيار لمبادئ عامة

تمهيد :

رأينا فيما مضى أن الخيار يعتبر استثناء عن بعض القواعد العامة ، وبالعبرة الفقهية المألوفة : ثابت على خلاف القياس ، ذلك لأن الشريعة

(١) الشروط المقررة بالمعقود ١٠٥ للدخل الفقهى المام ف/ ٢١٥ فما بعدها .

(٢) نظرية الشروط : ١٠٥ .

(٣) البدائع : ١٧٤/٥ .

(٤) البدائع : ١٧٩/٥ .

قررت بعض المبادئ بصورة عامة واعتبرتها هي الأصل ، كما استتبع ذلك سريان آثارها في جميع تضاعيف الأحكام الشرعية . وفي الوقت نفسه أخرجت بعض المسائل والصور من عموم مبدأ ما على سبيل الاستثناء لتدور في فلك مبدأ آخر لأن دواعي ارتباطها به أشد من المبدأ الأصل (١) .

وبالنسبة للخيار ترجع مخالفته (أو الاستثناء فيه) لبعض القواعد إلى أمور أهمها : مخالفته لمبادئ منع الغرر ، ومنع الجهالة .

المبحث الأول

مخالفة الخيار لمنع الغرر

معنى الغرر في اللغة : الإيهام والتوريط (٢) ، وهو في هذا كالتغريب وهما : تزين الخطأ بما يوهم أنه صواب (٣) .

والمراد به عند الفقهاء « التردد بين أمرين أحدهما على الغرض ، والآخر على خلافه (٤) » أو : هو ما لا يدري أيكون أم لا يكون - كما قال الجرجاني في تعريفاته (٥) - وتابعه عليه الزيلعي وغيره .

وقد انتزع أبو اسحاق الشيرازي (٦) من المعنى اللغوي للغرر معناه شرعا فقال : الغرر ما انطوى عن العاقد أمره ، وخفي عليه عاقبته . ومنه قول عائشة من خطبتها في أحوال أبي بكر وفضله : فردّ نشر الاسلام على غره ، أى على طيّه ، و (المبيع) المعلوم قد انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته .

(١) أشار ابن رشد إلى أن أسباب الفساد العامة منها ما هو داخلي ومنها ما يكون الفساد لأسباب خارجية ثم ذكر أن ما يحصل به الفساد لأسباب داخلية هو : تحريم عين المبيع ، الربا ، الغرر ، الشروط التي تنول إليها ، (بداية المجتهد ١٠٤/٢) والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل (١٢٢/٢) .

(٢) القاموس المحيط (مادة غر) .

(٣) الكليات لأبي الليث البقاء ص ٤٨٧ .

(٤) الدسوقي ٣ / ٥٥ .

(٥) التعريفات ص ٨٦ .

(٦) المهلب : ٢٨٠/٩ .

لكن ابن فارس ذهب مذهبا آخر ، فحصر مادة (غر) فى ثلاثة أصول ، وسلك الغر (بمعنى الطى) فى الغرار بمعنى المثل ، وجعل (بيع الغر) من أصل آخر هو النقصان من (الغرار) : نقص لبن الناقة ، وفسر بيع الغر بالخطر الذى لا يدرى أ يكون أم لا ، فهذا ناقص لا يتم البيع فيه أبدا^(١) .

والخيار - بوجه عام - يعتبر استثناء من مبدأ منع الغرر فى المعاملات والوجه فى ذلك المنع أداء الغرر إلى التزاع وهو أمر يتحاماه الشرع درءا للخصام والشحناء .

أما وجود الغرر فى الخيار فهو أن المتعاقد لا يأمن أن يؤول العقد المخير إلى الفسخ أو الامضاء ويجعله هذا عقدا احتماليا من بعض الوجوه لاحتمال العدم . فالعقد المتضمن خيارا هو « على خطر الوجود » بالتعبير الفقهي ، وقد صرحت باشتال الخيار على الغرر كثير من عبارات الفقهاء^(٢) أصرحها قول الرملى الكبير : « والخيار أعظم غررا من الأجل ، لمنعه الملك أو لزومه^(٣) .

ولنتفل الآن إلى كيفية التوفيق بين مبدأ منع الغرر فى العقود وبين ثبوت الخيارات . والمهم من الخيارات هاهنا ما ثبت بارادة العاقد ، وكانت مشروعيته بالاجتهاد لأن ما كان من هذا القليل يطالب المجتهد بالتخلى عن اثباته إذ لا اجتهاد فى مورد النص أما الخيارات التى شرعت بالنص فإنها فى غنية عن التوفيق مع مبدأ منع الغرر لأن خصوصية النص المثبت لها أقوى من عموم النهى عن الغرر .

(١) معجم مقاييس اللغة : ٣٨١/٤ وأساس البلاغة (مادة غر) .

(٢) منها ما فى المقدمات لابن رشد (الجذ) ٥٥٧ وبداية المجتهد لابن رشد (الحفيد) ٨/٢ والقوانين الفقهية ٢٤٧ والبدائع ١٧٤/٥ وفتح القدير والمغنى ١١٠/٥ والمجموع ٢٠٤/٩ والخرشى ١٩/٤ .

(٣) حواشى الرملى على أسنى المطالب شرح روض الطالب ٥٢/٧ ولينصاح ما ذكره الرملى من تحرق الخيار على الأجل فى وجود الغرر ، هو ما ذكره قبله امام الحرمين : الخيار فى التحقيق : تأجيل لازام الملك أو نقله ، والأجل تأثير المطالبة (المجموع ٢١٥/٩) .

ذهب الكاساني إلى توسيع الغرر الموجود في خيار الشرط ونحوه بعد أن صرح بالتسليم باشتال الخيار على غرر حيث «تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار» والداعي إلى تسويغه هو أنه «ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص»^(١). ويرى البابرتي من الحنفية في كلامه عن خيار الشرط أن «من حقه أن لا يدخل في البيع، لكونه في معنى القمار، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به»^(٢)، وجاء في بيان ابن المهام - الشارح المتأخر عن زمن البابرتي - لايضاح كلامه مع مناقشة لطيفة لما فيه حيث يذكر أن عمل الخيار هو إثبات الخطر في ثبوت الملك، وبذلك يشبه القمار والخطر هنا المخاطرة والاحتمال في ثبوت حكم العقد بدلا من تيقنه، وكان ابن المهام آتس من تشبيه الخيار بالقمار - بجامع الغرر - شدة يحسر التخريج معها، فأبدى وجهها وجبها بأن اعتبار العلة لتحريم القمار هي الخطر والغرر غير سالم من المنازعة والتعقب، فالقمار في نظره الشديد «ما حرم لمعنى الخطر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك، فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك، والخطر طرد في ذلك لا أثر له». ولم يكتف ابن المهام بهذا، لأن اختلال تشبيه الخيار بالقمار المحرم في المخاطرة لا يرىء ساحة الخيار، فالغرر نفسه جاءت النصوص بالنهاى عنه - في صورة النهى عن بيع الغرر - يقول ابن المهام جوابا عن هذا «فذلك الغرر في المبيع، وهذا في أن الملك هل يثبت أو لا؟»^(٣) أى فالغرر المنصوص على النهى عنه هو ما تعلق بمحل العقد - أصلا أو وصفا - بحيث صار بمعرض العدم. أما الغرر في حصول العقد - لا المقعود - وجودا وعدما فهو سائغ . .

أما ابن رشد (الجلد) فيرى أن الغرر ليس كله موضع نهى، فالخيار في البيع هو في أصله غرر، وإنما جوزته السنة لحاجة الناس إلى ذلك، . .

(١) البائع : ١٧٤/٥ .

(٢) الثانية شرح الهادي : ١١٠/٥ .

(٣) فتح القدير : ١١٠/٥ .

ثم ان الغرر اليسير الذى لا تنفك البيوع عنه مستخف مستجاز ^(١) ويقول النوى عن الغرر فى خيار الشرط - بصدد تحديد المدة فى ثلاثة أيام تضييقا لأثر الغرر - :

كان مقتضى الدليل منع شرط الخيار لما فيه من الغرر ، وانما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالبا - وهو ثلاثة أيام - ^(٢) .

وهكذا نجد التوجيه لما فى الخيار من غرر دائرا بين تجويزه للحاجة أو تسويغه لضآلته وخفة أثره بعد استثناء ما جاء تبعا . لكن موقف ابن الهمام أولى بالترجيح على أن يكون مرحلة أولى ليخرج من دائرة الغرر فكرة التخيير القائمة على أن العقد قد ثبت وقد لا يثبت ، ثم يلتمس فى التوجيهات الأخرى السند لما يلمح من مظاهر الغرر فى الخيارات المختلفة لا سيما أن تردد العقد بين الثبوت وعدمه مألوف فى العقود غير اللازمة بسبب طبيعتها دون ثرب ولا حرج . ولا شك أن توطين النفس على ما يرافق تلك العقود - أو الخيارات - يفقد الغرر اليسير مغبته .

أما نظرة الشافعية - ونحوها للحنابلة - فقد قال النوى ^(٣) الأصل أن يبع الغرر باطل لهذا الحديث - نهى عن بيع الغرر - ^(٤) . والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه ، كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر . . . فهذا يصح بيعه بالاجماع .

ونقل العلماء الاجماع أيضا فى أشياء غررها حقير . . فمدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى

(١) المقدمات لابن رشد : ٥٥٧ ثم ٥٤٨ والقوانين الفقهية : ٢٤٧ ونحو ذلك قول الحرمى ١٩/٤ « وكان يبع الخيار مستثنى من ذلك لأنه رخصة » .

(٢) المجموع : ٧٠٤/٩

(٣) المجموع : ٢٨٠/٩ - ٢٨١ واللفظ : ٢٦٩/٤ - ٢٩٩٤ .

(٤) أخرجه مسلم ٣٢/٥ وأصحاب السنن وأحمد (جمع الفوائد ٦٥٢/١) .

ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيرا جاز البيع
والأفلا ، وقد يختلف العلماء فى بعض المسائل كبيع العين الغائبة . . ويكون
اختلافهم مبني على هذه القاعدة فبعضهم يرى الغرر يسيرا لا يؤثر وبعضهم
يراه مؤثرا .

ويرى الشوكاني أن النهى إنما هو عن غرر يثبت أصالة ، أما ما يدخل
فى المبيع تبعا فهو مستثنى ، ويستثنى أيضا ما يتسامح بمثله إما لحقارته أو
للمشقة فى تمييزه أو تعيينه ^(١) . ومن الممكن إضافة استثناء ثالث هو ما ورد
النص بثبوته لأن اثبات الشارع له دال على اغتفار ما فيه من غرر وذلك بمثابة
التخصيص للنهى العام .

والعقود التى يتسلل إليها الغرر تمنع شرعا وتعتبر باطلة إن كان الغرر فى
أصل العقود عليه ، كبيع المعلوم على احتمال وجوده ، ومنه بيع الحُمْل مثلا .
أما إذا كانت فيما وراء ذلك من أوصاف ومقادير ونحوها من الأمور الفرعية
فوجبها الفساد ، كالشركة مع اشتراط مقدار معين من الربح ، لا نسبة
شائعة ، والفاسد ينقلب صحيحا إذا أزيل سبب الفساد ، كما أنه يملك
بالقبض ويعتبر حينئذ القيمة لا الثمن المسمى فى العقد ^(٢) .

ومن الطريف أن يذكر هنا أن للمالكية توجيها للخيار المشروط بأنه
لتخفيف الغرر . فمن المقرر عندهم أن بيع الغائب لا يجوز إلا مع الوصف لنوعه
وجنسه ، هذا إذا كان البيع على اللزوم ، أما إذا كان البيع على شرط خيار
للمشتري إذا رأى المبيع فيجوز بيع ذلك الغائب بلا وصف ، قال الدردير :
« ليخف غره » ^(٣) أى لما يكون له من امكان الرد إذا وجد نفسه قد وقع
فى الغرور لمشاهدته الغائب على خلاف مراده .

(١) نيل الأوطار : ١٦٧/٥ .

(٢) المدخل النقيض : ٣٧٤/٥ و ٣٧٩ .

(٣) الشرح الكبير على خليل للدردير : ٢٦/٣ .

المبحث الثانى مخالفة الخيار لمنع الجهالة

الجهالة من المبادئ العامة التى تقع فى العقود فتحدث فيها الفساد . .
إذا كانت جهالة فاحشة تفضى إلى نزاع مشكل يتعذر حسمه لتكافؤ ما
يتمسك به العاقدان بسبب الجهالة . . (١) .

أما إذا كانت الجهالة يسيرة أو كانت لا تفضى إلى نزاع يستغل فيه
الأمر عند الفصل ، فانها لا تضير العقد. ومثال ذلك ما لو كانت الجهالة فى
الاسقاط أو الإبراء ، لأن « الساقط يتلاشى فلا يحتاج إلى تسليم . . . ولأن
المبطل ثبلك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم » (٢) وكذلك
حيث يرافق الجهالة تعيين ذاتى ينحصر به العقود عليه ، كبيع كل ما فى
الصندوق (٣) .

وقد كان لابن رشد صنيع خاص فى إدماج مبحث الجهالة مع
مباحث الغرر ، فالثالث من أسباب فساد البيع (عنده) من قبل الغبن الذى
سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من
جهة الجهل بتعيين العقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف
الثن. والمثمن المبيع ، أو بقدره ، أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من
جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ،
وإما من جهة الجهل بسلامته ، أعنى بقائه . هذا تقسيم ابن رشد
للجهالة (٤) بعدما ربطها بالغرر ، ومن الواضح أن الصورتين الأخيرتين هما
من الغرر ، وأما ما قبلهما من الصور فهو من باب الجهالة مع اختلاف
تعلقها . .

(١) البدائع : ٢٠٧/٤ .

(٢) فتح القدير : ١٨٣/٥ .

(٣) رد المحتار : ٢/٤ .

(٤) بداية المجتهد : ١٢٢/٢ - ١٢٣ .

ومخالفة الخيار لمنع الجهالة تبدو في عدة أمثلة :

١ - خيار التعيين لما فيه من جهالة المبيع عند العقد لكنها جهالة لا تفضى إلى النزاع المشكل لما فيه من تفويض أحدهما الآخر بالاختيار لازالة تلك الجهالة (١).

٢ - خيار كشف الحال ، حيث يكون الثمن في صرة مجهول ما تشتمل عليه ، وهنا يشفع لهذه الجهالة ما ذكرناه عن وجود التعيين الذاتي الحاصر ، ثم الخيار نفسه معزز لتحقيق الرضا التام . .

٣ - خيار الشرط ، وأمثاله من الخيارات المشتملة على مدة ، فإن أمد الخيار بالرغم من معلوميته وتبديده بثلاثة أيام أو بأكثر هو في حيز الجهالة لأن العاقد الحائز على الخيار ليس ملزماً باستغراق المدة المحددة بل في وسعه إسقاط خياره بعد يوم أو ساعة . لكن هذه الجهالة تشبه حالة السقوط أو التلاشي ، فالعاقد الآخر قد علم بأمد الخيار المحدد ، فإذا ما سقط هذا الأمد من مشروطه فإنه لا يزداد التحقيق لرغبته في امضاء العقد وتأكيده . . انما الضير عليه في تجاوز المدة التي قبل بها أو تأييد الخيار أو توقيته بما لا يعرف وقته بشكل منضبط ، وهو مما يحدث النزاع المشكل . .

٤ - خيار المجلس ، من حيث أمده ، لأنه لا يدري متى يسقط بمحصول التفرق ، لكن تلك الجهالة يسيرة - بعد التنصل من الصور النادرة التي تذكر في المناقشات والحجاج - لأنه محدود بأمر لا يستغنى عنه الانسان وهو الانتقال لحاجات أخرى تعرض له . .

٥ - خيار العيب ، أمده غير محدود ، لأن ظهور استحقاق العاقد للخيار ، ثم مزاولته لهذا الحق لا يدري كم يستغرق . . لأن خيار العيب - كما

(١) الدرر شرح الفهر : ١٥٤/٢ .

سنرى - غير مؤقت بوقت . ولا تضر تلك الجهالة ، لثبوت الخيار بنص ، ومن مسوغاتها أن العاقد الذى ثبت له خيار العيب هو صاحب الخطوة ، والتوقيت مجعول فى يده . . بالتنازل عن الخيار أصلاً أو المبادرة للفسخ أو التقاضى . . أما الآخر الذى دلّس العيب أو لم يبينه لصاحبه أو لم يتبرأ منه فيستحق الحرمان من معرفة أمد الخيار بدءاً وامتداداً ، وذلك جزاء وفاق على فعلته أو بحكم ضمانه فالغرم بالغنم . . وهكذا نجد مع عنصر الجهالة فى بعض الخيارات عوامل أخرى تمنع التراجع وتستأصل ما فى الجهالة من قوة الإفساد للعقد . فضلاً عما فى الخيارات من بواعث لتحقيق مصالح ضرورية أو تحسينية .

الفرع الثالث

اعتبارات فقهية للخيار

تمهيد :

فضلاً عما سبق الحديث عنه عن صلة الخيار بالنظريات الأخرى - صلة تفرع أو اقتران - أو مخالفته لبعض المبادئ العامة والتوفيق بينه وبينها ، هنالك اعتبارات فقهية للخيار فى أبواب من الفقه ، لما ينصبّ عليه من آثار مبادئ ونظريات أخرى ، أو ما يحدثه الخيار من آثار فى مواضيع فقهية مشهورة تصحيحاً وإفساداً .

لكن هذه الجوانب لم تبلغ مبلغ ما سبق فلم يستدع ذلك أفرادها بمباحث أو مقاسم خاصة ، كما أن ما هنا ليس كل ما ينتظمه العنوان ، بل هى نماذج لبيان الأهمية الفقهية للخيار . .

الخيار ونظرية القبض :

من النظريات الفقهية التى احتك بها الخيار نظرية القبض ، وخاصة بصدد خيار الرؤية ، لأنه هو الذى يمنع تمام القبض .

قال السرخسي : وتام القبض لا يكون إلا بعد تمام الصفقة ، والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية ^(١) وقال الكاساني : وتام القبض باسقاط الخيار ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض ، ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض ، لأنه غير مقبوض ^(٢) . أى لأن المعقود عليه غير تام القبض فى النظر الشرعى ولو كان مقبوضا فى الظاهر . وذكر صاحب الهداية أن القبض على نوعين : قبض تام ، وهو أن يقبضه وهو يراه ، وإنما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض ، وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض ، فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان قبضا تاما . (وقبض ناقص وهو أن يقبضه مستورا) إذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه ^(٣) .

فهذا عن خيار الرؤية المانع لتمام القبض ، أما عن خيار الشرط فيقول ابن الهمام أنه لا نص فيه عن أبى حنيفة وأصحابه ، فهو على الخلاف ، وأما خيار العيب فإنه لا يمنع تمام القبض ^(٤) .

الخيار ونظرية الغلط :

كما يذكر الكتاب المحدثون أن نظرية الغلط لم تجد لها فى الفقه الاسلامى مكانا موحدا يلم شعنها ويجمع شتاتها والسبب فى رأى بعضهم هو أن الغلط شىء نفسى ذاتى ، والفقه الاسلامى ذو نزعة موضوعية واضحة . وهناك توجيه آخر لعدم اهتمام الفقهاء بها هو الترجيح لمصلحة استقرار التعاقد ، فلم يفردها يبحث كما صاغوا الاكراه مثلا . . ^(٥) ولهذا انتشرت

(١) المبسوط : ٧٣/١٣ .

(٢) البدائع : ٢٩٦/٥ .

(٣) الهداية وفتح القدير : ١٤٥/٥ ونحوه فى البدائع ٢٩٦/٥ والمبسوط ٧٣/١٣ .

(٤) فتح القدير : ١٤٦/٥ .

(٥) مصادر الحق : ١١١/٢ وللدخل الفقهي العام ف/١٩١ .

نظرية الغلط في جوانب متفرقة مبعثرة من الفقه فهنا خيار الوصف ، وهناك خيار العيب ، وخيار الرؤية بسبب اختلاف الجنس في العقود عليه .

ويقول السهوري ^(١) : ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض وألا صلة فيما بينها ، مع أنها جميعا تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط وهم الفقهاء في كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

وقد رأينا في صلة الخيارات بنظرية العقد موطن احتكاكها بشائبة الغلط من شوائب الإرادة العقدية ، ويجدر بنا هنا ربط كل خيار من الخيارات المشهورة بنوع الغلط الذي يمتّ إليه بالصلة :

١ - خيار الوصف : يرتكز هذا الخيار إلى مبدأ الغلط في الشيء مع اتحاد الجنس إلا أن المنفعة تفاوتت دون تفاحش ، فيعتقد البيع صحيحا نافذا ولكنه يكون غير لازم إذ يثبت فيه خيار الوصف ^(٢) .

٢ - خيار العيب : وهو تطبيق لمبدأ الاعتداد بالغلط ، لأن العاقد - وإن لم يكشف عن إرادته - قد استخلصت ضمنا من الملابسات وظروف الحال ، ومنها صور من خيار الوصف السابقة ، أو أن تستخلص من طبائع الأشياء ، فسلامة العقود عليه من العيوب لا تحتاج إلى شرط صريح والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا ^(٣) فإذا لم تتوافر السلامة فقد اختل رضا العاقد لما وقع فيه من الغلط وله خيار العيب .

٣ - خيار الرؤية : ينبثق هذا الخيار عن فكرة الاعتداد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته . فالمشتري الذي يرد الشيء بعد رؤيته -

(١) مصادر الحق : ١١١/٢ .

(٢) الفتاوى الهندية : ١٤٠/٣ البائع ١٤٠/٥ فتح القدير ٢٠١/٥ .

(٣) فتح القدير : ١٥١/٥ والبائع ٢٧٤/٥ .

استناداً لخيار الرؤية - يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التي ظنها ^(١) ، وكان يعتقد قبل الرؤية أنه يصلح لحاجته فلما رآه أدرك العكس وتبين أنه كان على غلط في شأنه . « فأساس هذا الخيار هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته » . . . « ولم يثبت خيار الرؤية للبائع لأن غلطه غير معتبر » ^(٢) .

٤ - خيارات الغبن : مردها في الغلط في القيمة ، وإن كان مجرد الغبن مداه أوسع من الغلط لاحتمال وقوع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشيء، والفقه الإسلامي لا يعرض للغلط في القيمة إلا عن طريق الغبن ^(٣) ، فأحياناً لا يعتد بالغبن إلا إذا صحبه تغير وأحياناً يعتد به ولو لم يصحبه التغير إذا كان هذا الغبن فاحشاً وكان مصحوباً بخلط في قيمة الشيء.

الخيار ونظرية الغبن :

بالإضافة إلى ما سبق قريباً عن تأثير الغبن مقترناً بالغلط أو مستقلاً عنه ، في خيارات الغبن ، هناك تأثير له في خيارات أخرى حيث يشترط أو يعنى من اشتراط وجوده وذلك كمختيار النجش حيث يختلف الحكم عند الحنفية بين الكراهة والاباحة بحسب وصول السلعة إلى ثمنها وعدمه ^(٤) . وقد تم لأحد الفقهاء المحدثين ، بصدد النظر في الخلابة (التدلّيس) استخلاص حكم عام لها مفاده : أنه تارة يشترط مع الخلابة (المقتضية

(١) البدائع : ٢٩٢/٥ .

(٢) مصادر الحق : ١٣٧/٧ و ١٣٤ .

(٣) لمبحث الغبن يرجع إلى المراجع التالية : البحر الرائق ١١٥/٦ الدر المختار ٢٤٦/٤ ، رسائل ابن عابدين ٧/٢ ، شرح البهجة للأصاوي ٤٥٥/٢ ، مفتي المحتاج ٦٥/٢ نهاية المحتاج ٧٤/٤ ، القوانين الفقهية ٢٦٨ المواق ٤٦٨/٤ والمحطاب ٤٧١/٤ ، النسوقى على الشرح الكبير ١٤١/٣ ، الحرشى ١٥٢/٥ الصاوى ٦٣/٢ .

(٤) البدائع : ٢٣٣/٥ ، فتح القدير : ٢٣٩/٥ ، البحر الرائق : ٩٩/٦ .

للخيار) غبن للعاقدة، وتارة لا يشترط ، وذلك بحسب الغاية المقصودة من الخلافة :

فإذا كان الهدف منها زيادة السعر يشترط أن تكون مصحوبة بغبن فاحش وذلك كما في صور التناجش والتغير القول في السعر (ويستثنى من ذلك الخيانة في بيع الأمانة المرابحة وأخواتها فلا يشترط وجود الغبن لأن البيع فيها قائم على أساس رأس المال) .

وأما إذا كان هدف الخلافة خداع العاقد في صفة العقود عليه فإنها لا يشترط أن يصحبها غبن في السعر ، كالمصراة ، وكالبضاعة الموجهة لأن العاقد قد يكون مقصوده الصفة الموهم بها فقواتها يوجب له الخيار ^(١) .

الخيار هو مجال النهي عن البيع على البيع :

من الأحكام المعروفة في الشريعة ذم البيع على بيع آخر ، أو الشراء على شرائه ^(٢) لما ورد في ذلك من الأحاديث ، من ذلك ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، إلا أن يأذن له . وفي رواية أخرى: ولا يسوم على سومه ^(٣) .

أما المساومة على المساومة فهي بأن يقول لمن يريد شراء شيء: بكذا : لا تأخذه ، وأنا أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه ، أو أبيعك مثله بأقل من هذا الثمن . أو يقول لمالك الشيء: لا تبعه وأنا أشتريه منك بأكثر وهذا كله بعد

(١) المختل الفقهي العام ف ١٨٨ ومراجعته : المغنى ٦٩/٤ و ٨٠ و ٩٠ و ١١٣ ورد المختار ٩٦/٤ و ١٣١ و ١٥٥ .

(٢) اختلفوا في البيع المذكور ، فذهب الجمهور إلى صحته مع الاثم ، وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فسادها في إحدى الروايتين عنهم وبه جزم ابن حزم ، ومرجع الخلاف مسألة النهي هل يقتضي الفساد والتفريق بين كون النهي للمات الشيء أو الوصف الملازم أو لأمر خارج ، نيل الأوطار ١٩١/٥ والمحل ٤٢٧/٨ م ١٤٦٥ ومغني المحتاج ٣٧/٢ والقروى للقرافي ٨٢/٢ - ٨٤ .

(٣) رواه أحمد ، ورواية السوم متفق عليها (جمع القوائد ٦٥٠/١) .

استقرار الثمن بالتراضى صريحا ، وهو ما يسمى بالركون ^(١) .

وأما البيع على البيع فلما أن يحمل على (المساومة) مجازا باعتبار ما
تؤول إليه المساومة ، وإما أن يراد به حقيقة البيع وهو أولى وحيث أن كيف
يتحقق البيع على البيع ؟ لا مناص لتحققه من اللجوء إلى حالة الخيارات حيث
يكون العاقد (البائع أو المشتاع) متمكنا من الفسخ لعدم لزوم العقد .

والمراد من البيع على بيع أخيه أن يقول شخص لمن اشترى سلعة
بعشرة (مثلا) أنا أعطيك خيرا منها بثمنها ، أو أعطيك مثلها بتسعة ، أو
يعرض عليه سلعة يرغب فيها المشتري ، كل هذا ليفسخ البيع ويعقد معه .
وكذلك الحكم فى الشراء على الشراء ، وهو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة :
عندى فيها عشرة ، ليفسخ البيع أيضا . وهو - على ما قال البهوتى - قياس
على البيع ، ولأن الشراء يسمى يعا ، فيدخل فى عموم النهى ^(٢) ، ولا
حاجة إلى هذا كله مع رواية النسائي لهذا الحديث : لا يبيع أحدكم على بيع
أخيه حتى يبتاع أو يذر . فقد قال المجدد بن تيمية : فيه بيان أنه أراد بالبيع
الشراء ^(٣) .

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المنع هو فى زمن الخيارين (خيار
المجلس وخيار الشرط) فلو قال ذلك بعد مضى الخيار ولزوم البيع لا يحرم ،
لعدم تمكن المشتري من الفسخ إذن ، فكل من صورنى البيع والشراء على
مثلها من غيره لا يتحقق الأبأن يعقد غيره البيع ، ويكون غير لازم « أما بعد
لزومه فلا معنى له ^(٤) » وكذلك يباح كل منها مع صدور الإذن ، لرواية

(١) « علاقا لابن حزم ، وذلك لورود النص فى البيع فيمن يزيد فعين أن المراد بالسوم المهرم ما وقع فيه قدر زائد
على ذلك بمصول الركون نيل الأوطار (١٩٠/٥) قلا من فتح البارى .

(٢) كشف القناع : ١٨٣/٣ . ومضى المحتاج : ٣٧/٢ .

(٣) مفتى الأعبار مع شرحه نيل الأوطار : ١٨٩/٥ .

(٤) : الحطاب الشرينى على المنى : ٣٧/٢ .

« إلا أن يأذن له » (١) . وكذلك ما ذكره الشافعية (والحنابلة أيضا) (٢) من حصر مجال تطبيق هذه المسألة في زمن خيار المجلس وخيار الشرط غير مسلم ، بل مجالها فسيح أمام كل خيار . ولذا ألحق الأسنوى بذلك خيار العيب ، وصوّره بما لو اطلع بعد اللزوم على عيب ولم يكن التأخير مضرا ، كأن كان في ليل . فالتجّه عنده ان ذلك كالخيارين السابقين (٣) .

مقابلة الخيار بالثمن :

من المقرر أن الثمن ليس مقابلا لذات المبيع فقط ، بل هو موزع عليه وعلى أشياء أخرى ، كالأجل ، والتوثيقات ، والشروط . .

فهل (الخيار) مقابل بشيء من الثمن ؟

إذا جربنا على اعتبار الخيار وصفا من أوصاف المبيع فالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن عند الحنفية ، ولذا علّل المرغباني (٤) لزوم جميع الثمن في حال حدوث ما يمنع الفسخ في خيار المراجعة : بأن خيار المراجعة مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن ، ومثله في ذلك خيار الشرط وخيار الرؤية حين تعذر الفسخ ، إذ يترتب عليه جميع الثمن ولا يسقط منه شيء بمقابلة الخيار (٥) .

لكن خيار العيب لو تعذر الرد يسقط من الثمن مقدار العيب لأجل العيب ، لأن المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسلمه (٦) .

(١) بحث في تذييل الأوطار (١٨٨/٥) الآراء في شمولها للبيع أو اختصاصها بالخطبة على خطبة أنيه .

(٢) كشف القناع : ١٨٣/٣ .

(٣) مفتي المحتاج : ٣٧/٢ .

(٤) فتح القدير شرح الهداية : ٢٥٦/٥ والعتاية : ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٥) في الفسخ والعتاية ان هذا على الروايات الظاهرة . . أما على غير رواية الأصول فمن محمد أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يتدفع الضرر عن المشتري .

(٦) وبما يدل على أن الخيار مقابل بشيء من الثمن مقارنة بزيادة الثمن في قول ابن قدامة : حتى الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن (المفتي : ١٦٠/٤ م ٣٠٩٩)

وإنما سبب الكلام عن مقابلة الخيار بالثمن ، هل يلقي الخيار قيوداً على الثمن فيمنع قابضه من التصرف به بانتظار مصير الخيار ؟ ذكر الحنابلة ما يوضح هذه المسألة بنصهم على جواز تصرف أحد المتبايعين فيما بيده من العوض إذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خُلف في صفقة . وذكروا توجيه ذلك بأن تصرفه لا يمنع الآخر من ممارسة حقه برد ما بيده ، فإذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بذله إن كان باقياً ، والأرجح ببذله . وقياس هذا أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار . قال ابن رجب ^(١) : وظاهر كلام أحمد - في رواية الأثرم - أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار إلا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا ويأخذ منه ما ينتفع به بصورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه ، وإن كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف في الثمن .

(١) الفوائد لابن رجب ص ٨٩ - ٩١ القاعدة ٥٤ .

الفصل الرابع

تمييز الخيار عن أشباهه

وفيه فروعان

- الأول - تمييز الخيار عن أشباهه في المسمى
- الثاني - تمييز الخيار عن أشباهه في الاسم

لا يتم إيضاح المراد بالخيار بالتعريف الذاتي له ما لم يقترن ذلك بتمييزه عن أشباهه بإبداء الفارق بينه وبينها ومقارنته بالمبادئ الأخرى التى تشاركه فى أداء الدور أو انتاج الأثر وتحقيق الفائدة ، سواء كانت ذات صلة به أو عديمة الصلة ، وسواء كانت تجانسه فى الاسم . مجانسة تامة أو ناقصة أو كان بينها وبينه تنافر وتباعد .

ولقد أصبح جلياً أن الخيار المراد فى هذا التمييز : هو الخيار بين الرد والامضاء - أو بعبارة أخرى مستعملة كثيراً : بين الفسخ والاجازة - (١) ولا بأس أن يقترن بأحد هذين العنصرين بديل إضافي كما فى خيار العيب حيث يثبت الخيار بين الاجازة أو الفسخ مع أرش نقصان العيب . فليس المراد مطلق الخيار بين شيئين ولو لم يكونا الرد والامضاء ، كحالات التخيير العديدة بين أمرين أو أكثر بمقتضى الحكم الشرعى التخييرى فى أبواب كثيرة كالشفعة والرهن والمزارعة ، فضلاً عن حكم الكفارة المشهور .

ومع أن المراد هو الخيار بين الفسخ والاجازة ترد كثير من العبارات مطلقة عن هذا القيد ، أو مضافة إلى (الفسخ) فقط والمقصود هو ما سبق ، ولم يحجر التصريح به اكتفاءً .

الفرع الأول

تمييز الخيار عن أشباهه فى المسمى

المبحث الأول

تمييز الخيار عن طبيعة عدم اللزوم

ان طبيعة عدم اللزوم ذات شبه بالخيار من حيث إنها حالتان من حالات سلب اللزوم ، ولا غموض فى حقيقة الشبه بينهما لكون العقود غير

(١) أوضح بيان للخيار المراد ما جاء فى حديث الثوري : « ان رضىا أخذها وإن سخطها ردها » فالخيار هو المشية بين الأخذ والترك . والحديث رواه البخارى ومسلم ، وأصحاب السنن الأربعة ومالك فى الموطأ .

اللازمة متصفة بعدم اللزوم ، وكون الخيارات قائمة على سلب اللزوم فى العقد الذى هو فى أصله لازم فكلاهما مؤكّد للفسخ . لكن هذا لا يعلم الفروق الأساسية بين هاتين الحالتين من حالات سلب اللزوم . ولا بد أن تقدم البيان الاجالى للمراد بعدم اللزوم توصلا للتمييز .

اللزوم : معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، ويسمى العقد الذى هذا شأنه (العقد اللازم) بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر ، فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضى لا يفسخ إلا بالتراضى (وذلك بالاقالة) ومن هذا يتضح تعريف عدم اللزوم فهو إمكان رجوع العاقد عن العقد ونقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضى على ذلك التقض (١) .

فهذا اللزوم قد يتخلف فى بعض العقود فيستطيع كل من الطرفين أو أحدهما أن يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد إرادته دون توقف على رضا الآخر . وتختلف اللزوم هنا مبعثه أن طبيعة العقد وغايته تقتضى عدم اللزوم ، ويسمى العقد عندئذ (عقدا غير لازم) إذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة فى نوع العقد .

ومن السهل تبين الفرق بين التخيير وبين طبيعة عدم اللزوم فى العقود غير اللازمة ، فالتخيير حالة طارئة على العقد حيث إن الأصل فى العقد اللزوم فالعقد المقترن بخيار هو قيد أو استثناء على ذلك المبدأ ثم هو فى جميع الخيارات ليس مما تقتضيه طبيعة العقود بل هو مما اعتبر قيدا على تلك الطبيعة لأصالة اللزوم . أما فى العقود غير اللازمة بأنواعها فإنه جزء من طبيعتها تقتضيه غاياتها ولا ينفصل عنها إلا لسبب خاص فيها لزومه ليس أصلا .

والعقود اللازمة تختمل الفسخ فقط أما الاجازة فلا مجال لها ، لأن الإقدام على العقد والاستمرار فيه يغنى عنها ، فى حين أن الخيارات تختمل الأمرين .

(١) المعاملات الشرعية والمالية ، للشيخ أحمد إبراهيم ٩٩ للدخل الفقهى العام ١٩٥٠ ف/٢٩٥ مصادر الحق ٢٨١/٤ .

وأخيراً هناك فارق كبير الأهمية بين العقود غير اللازمة وبين الخيارات يقوم على ملاحظة نتيجة (الفسخ) الذى هو أمر مشترك ، فحكم الفسخ فى العقود غير اللازمة يختلف عنه فى الخيارات ، حيث يكون فى الصورة الأولى مقتصر (ليس له تأثير رجعى) لا يمسّ التصرفات السابقة . أما فى الصورة الثانية (الخيارات) فالفسخ مستند (له انعطاف وتأثير رجعى) ينسحب فيه الانفساخ على الماضى فيجعل العقد كأنه لم يتعقد من أصله (١) .

المبحث الثانى

تمييز الخيار عن الفسخ للفساد

لا يخفى أن فكرة العقد الفاسد تميز بها المذهب الحنفى فى باب المعاملات (مع مشاركة غيره له فى أبواب العبادات والزواج) حيث فرق بين الباطل الذى لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، والفاسد الذى هو مشروع بأصله لا وصفه ، ولم تأخذ بذلك بقية المذاهب الأربعة (٢) ، وإن كان للمذهبين المالكي والشافعى ضرب من التفرقة بين ما كان النهي عنه مفسدا لماهيته وبين النهي المتعلق بأمر خارج عن الماهية ، لكنها مع ذلك كغيرهما لم يميزا بين الفساد والبطالان فى المعنى والنتائج (٣) .

(١) المدخل الفقهى العام ، للشيخ مصطفى الزرقا ف/ ٢٠١ و ٢٠٧ .

(٢) العقود والشروط والخيارات للشيخ أحمد إبراهيم ٣٤ - ٣٧ نظرية الشروط المقترنة بالعقد للشيخ زكى الدين شعبان ١٣٦ - ١٣٩ .

(٣) المدخل الفقهى العام ف/ ٣٦٦ مع العزولى الفروق للقرافى (الفرق ٧٠) مصادر الحق ٢٧٣/٤ مع العزولى بداية الجتهيد ١٦١/٢ ويلاحظ أن الأستاذ مؤلف المدخل الفقهى قد سبق منه فى الفقرة ٣٦٤/٤ القطع بأن المذهب الحنبلى بعد اعتباره مقتضى النهى البطالان لم يميز بين النواحي التى يتعلق بها النهى ، وهذا الذى ذكره مصرح به فى عدد من كتبهم . هذا وقد أشار ابن اللحام البعل فى كتابه القواعد إلى أن للحنابلة مسائل فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ظنوا بعض المتأخرين مخالفة لقاعدتهم فى ترادف البطالان والفساد ، ثم بين أن تلك الفروق ليست بسبب التفرقة فى النهى عنه بل لأدلة اختصتها (ص ١١٠ - ١١٤) .

ويرى السنهوري ان ما فى المذهب المالكي من التمييز بين صورتين من البيع هما المحرم والمكروه (فالمحرم إذا فأت مضى بالقيمة ، والمكروه إذا فأت انقلب صحيحا) ما هو الا رجوع إلى التمييز بين البطلان والفساد بصورة أخرى ، وأنه لو عزل (الربا) عن أسباب الفساد ليلحق بالبطلان لخلص بهذا تمييز تام بين العقد المحرم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الحنفى بين الباطل والفساد ^(١) .

والعقد الفاسد ، كما رأينا فى حالات سلب لزوم العقد ، يشبه الخيار فى فكرة عدم اللزوم وفى احتماله الفسخ والاجازة ، يقول الكاسانى : « حكم البيع نوعان ، نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذى يقوم برفعه أحد العاقلين وهو حكم كل بيع لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الأربع والبيع الفاسد . . . » ^(٢) « كما أنه يتأخر أثره فلا يثبت الا بالقبض ، لكنه مفترق عن حالة التخيير فكل منهما من نوع خاص من أنواع العقد ، فالفساد من باب الصحة ، أما التخيير فهو من باب اللزوم ، ثم لهذا أثره فى افتراق الأحكام ، من ذلك أن الخيار (عدا خيار الرؤية) يسقط بصريح الاسقاط ، أما « حق الفسخ فى البيع الفاسد فلا يطل بصريح الابطال والاسقاط » .

وهناك بعض العبارات الفقهية تعمق التفرقة بين الخيار والفسخ منها تصريح بعض المالكية بأن الخيار يتعلق به حق لأحد معين ^(٣) وكأنه يشير إلى أن الفسخ للفساد يتعلق به حق الشرع . .

ونحو ذلك قول ابن حزم : « فان فعل فسخ البيع والشراء أبدا وحكم فيه بحكم الغاصب ، ولا خيار لأحد فى امضاءه » ^(٤) .

(١) مصادر الحق ٢٧٥٢ .

(٢) البدائع : ٣٠٦/٥ ونحوه فى ٣٠٠/٥ - ٣٠١ .

(٣) اللباب للقصي : ١٣٦ - ١٣٧ .

(٤) المحلى : ٤٥٣/٨ م ١٤٦٩ .

المنبحث الثالث

تميز الخيار عن الفسخ والتوقف

من الضروري إيضاح الفوارق بين التخيير والتوقف ^(١) بعد أن رأينا اشتراكهما في سلب لزوم العقد وخضوعهما للاجازه والفسخ ، فان توقف العقد الموقوف على الاجازة كتوقف العقد الذي فيه الخيار على اسقاط الخيار ^(٢) .

والفرقة بينهما تكون في المنشأ والاحكام والانتفاء ، ولن يتطلب الأمر غوصا في أحكام الخيار حذرا من استباق ما حقه التأجيل ، إنما نشير إلى بعض المسلمات المعروفة من أحكامه ^(٣) .

فالخيار ينشأ لتعيب الارادة (وذلك في الخيار الحكمي غالبا) أو لانجاء ارادة المتعاقدين لمنع لزوم العقد (وذلك في الخيارات الارادية) وكلاهما مرحلة بعد انعقاد العقد وصلوحه لسريان آثاره (النفاذ) . أما الموقوف فهو ينشأ لنقص الأهلية في العاقد ، أو لتعلق حق الغير . فلكل منهما مجال مغاير للآخر ، ليس مغايرة اختلاف في السبب فقط ، بل مع التداعي والتجانس بين أسباب كل منهما ومنافرتها مالاآخر .

أما من حيث الطبيعة والأحكام فإن العقد الموقوف لا نفاذ لحكم العقد (آثاره التي تترتب عليه بحسب موضوعه) بل تكون معلقة بسبب المانع الشرعي من نفاذ تلك الآثار ، وهذا بالرغم من انعقاده وصحته لأن ذلك المانع منع تمام العلة (بعد انعقاد تلك العلة) .

(١) حالة التوقف متصلة في العقد عن التخيير . أما في القانون فهي من موضوع قابلية الإعلان لفقدان نظرية التوقف في القانون ، فليس فيه إلا ما يدعى عدم سريان جزئي وهو غير التوقف . مصادر الحق : ١١٥/٤ .

(٢) للتوسع يرجع إلى بحث (العقد الموقوف) للدكتور زكي عبد البر ، نشر في مجلة القانون والاقتصاد ٢٥ ص ١١٦ .

(٣) البحر الرائق لابن نجيم : ٧٠/٦ .

أما الخيار فإن حكم العقد قد نفذ وسرت الآثار ولكنها امتنع ثبوتها بسبب الخيار : فأحيانا يمتنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة (وذلك في خيار الشرط) وأحيانا يمتنع تمام الحكم بعد ثبوته (كخيار الرؤية) وأحيانا يمتنع لزوم العقد بعد أن سرت آثاره (كخيار العيب)^(١)

وفي الانقضاء نجد أن الموقوف لما كان غير تام العلة لم تتم الصفقة فيمكن في نقضه محض إرادة من له التقصص ، وهو لهذا الضعف فيه لا يرد فيه إسقاط الخيار ولا ينتقل بالميراث بل يبطل العقد بموت من له حق إجازته ، في حين يجوز إسقاط الخيار - في الجملة - وينتقل بالميراث وخاصة ما كان منه متصلا بالعين على اختلاف المذاهب ، وينقضي الخيار بإرادة من هو له دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي إلا حيث تتم الصفقة بحصول القبض في خيار العيب .

حقيقة (خيار الإجازة) :

يعتبر العقد الموقوف من حالات عدم اللزوم ، لأنه غير نافذ ، وما هو غير نافذ فلا سبيل إلى لزومه ، لأن اللزوم رتبة أعلى من النفاذ فلا يكون لازما حتى يكون نافذا . وللتوقف صور وأسباب بها يعتبر العقد موقوفا^(٢) ولما كان التوقف في العقد على إجازة تصدر ممن امتنع النفاذ لأجله يحوله فسخ العقد فقد أورد كثير من الفقهاء المؤلفين العقد الموقوف في عداد الخيارات في حين اقتصر بعضهم على ذكره في أسباب الفسخ .

ففي تعداد صاحب الأشياء للخيارات ، وهو موضع إقرار من الحصري وابن عابدين « إجازة عقد الفضولي » ولا شك أن المراد إجازة العقد الموقوف عامة ونحو هذا لدى الزيدية حيث جعله صاحب « الأزهار » عاشر

(١) فتح القدير : ١١٠/٥ .

(٢) استوفى ابن عابدين صور العقد الموقوف ١٣٩/٤ .

الخيارات الثلاثة عشر عندهم لكنه لم يعبر عنه بصورة الفصولى بل قال :
العاشر هو الذى يثبت فى العقد بكونه موقوفاً (١) .

وان الفصل بين مفهوم النفاذ ومفهوم اللزوم يحتم إقصاء حق الاجازة
عن صعيد الخيارات ، ولو كانت تخول من إليه هذا الحق أن يفسخ العقد أو
بمضيه ، فإن مفهوم الفسخ أعم من مفهوم الخيار . .

المبحث الرابع

تمييز الخيار عن الفسخ فى الاقالة

تشبه الاقالة الخيار من حيث أدائها فى حال ما إلى فسخ العقد
وتشبهه أيضا من جهة أنها لا يدخلان الآ عقود المعاوضات المالية اللازمة
القابلة للفسخ .

ولكن الاقالة تخالف الخيار فى أن من له الخيار يمكنه فسخ العقد بمحض
إرادته دون توقف على رضا صاحبه ، بخلاف الإقالة فلا بد من التقاء
الارادتين على فسخ العقد . كما أن هناك فرقا آخر هو أن الخيار يجعل العقد غير
لازم فى حق من هو له . وأما الإقالة فلا تكون الآ حيث يكون العقد لازما
للطرفين (٢) .

الفرع الثانى

تمييز الخيار عن أشباهه فى الاسم

المبحث الأول

تمييز الخيار عن الفرض التخييرى

الفرض - أو الواجب (المرادف له عند جمهور الفقهاء وهو غير

(١) شرح الأزهار لابن مفتاح ٣ ٩٠ والبحر الزخار ٣/٣٥٥ .

(٢) درر المصنوع : ص ٢٦٨ .

الاطلاق الخاص عند الحنفية) ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً حتماً . ومن تقسيماته المعروفة أنه ينقسم إلى واجب معين ، وواجب مخير . فالواجب المعين أمر طلبه الشارع بعينه من المكلف به كالصلاة والزكاة . . والواجب المخير : ما كان مطلوب الشارع فيه واحداً من أمور معينة ، كأحد خصال الكفارة الثلاث ، فقد ترك للمكلف الخيار في تخصيص واحد منها بالفعل وتبرأ ذمته بأداء واحد أى واحد من الثلاث ^(١) .

ولا شك أن هذا الشبه الضئيل في عنصر الاختيار الذي يلحق مثله في الخيارات لا يجاوز ذلك إلى الخيار بين الفسخ والامضاء وهو قوام الخيارات . ^(٢) .

المبحث الثاني

تمييز الخيار عن (التخيير بين الفعل والترك) أى الإباحة

وفي معنى هذا : التفريق بين الخيار والحكم القائم على التخيير بين الفعل والترك وهو معنى (الإباحة) فهي تخيير لكنه ليس بين الفعل والترك بمعنى أنه لا يثاب على الفعل ولا يعاقب على الترك ، وليس هذا من باب الخيار في شيء . ومع هذا أطلق بعض المؤلفين لفظ الخيار على ما هو من قبيل الإباحة ، كخيار الإيجاب وهو كون العاقد مخيراً بين الاقدام على التعاقد بإصدار الإيجاب وبين أن يمتنع ، فهذا صورة من صور الإباحة أى هو حكم تخييري ، وليس خياراً بين الفسخ والامضاء .

المبحث الثالث

تمييز الخيار عن حالات التخيير الجزئية

يجد الباحث في أبواب الفقه كثيراً من الأحكام قائمة على التخيير بين

(١) الأحكام في أصول الأحكام للآمدى ٥٠/١ .

(٢) سترى في مناقشة حقيقة خيار التعيين مزيداً من التفريق بين الخيار (خيار الفسخ) وبين الاختيار بمعنى تخيير أمر

من عدة أمور .

أمرين أو أكثر وقد نشأ هذا التخيير عن استواء عدة أمور في كونها نتيجة لتصرف معين حيث يلوح وجه العدل فيها جميعا دون ترجيح وتلك الفروع من الكثرة بحيث يغني عنها مثال أو اثنان :

في الغصب : قال الحنفية : لو غصب شيئا وزاد فيه زيادة متصلة فالمالك بالخيار : أما أن يُضمَّن الغاصب قيمة المَغصوب ، وإما أن يأخذ المَغصوب على حاله من الزيادة ، ويغرم ما نشأ بالزيادة من ارتفاع القيمة ^(١) . فهذا خيار ، وله صاحب ، ولكنه عبارة عن نصب نتيجتين لمسألة واحدة لأن العدل تحقَّق فيها ، وأما كون الخيار لأحدهما هو المالك - فلأنه لا بد من ربط الاختيار بواحد منعاً للاختلاف وهذا الواحد هو المالك لأنه مفتأت على حقه .

ويأخذ الحكم وضعاً مماثلاً في صورة غاصب الغاصب حيث يثبت للمالك الخيار في أن يضمَّن الغاصب (ويرجع هذا على غاصب الغاصب) أو أن يضمَّن المالك غاصب الغاصب مباشرة . وفي الصورتين (صورة الزيادة في المَغصوب ، وصورة غاصب الغاصب) إذا اختار تضمين أحدهما برىء الآخر وليس للمالك أن يعود لتضمينه ^(٢) وصور التخيير في موضوعات الغصب والاتلاف والجنایات كثيرة ^(٣) .

مثال آخر : في المزارعة : إذا مات المزارع فالمذاهب مترددة بين إبطالها أو قيام الورثة مقامه إطلاقاً أو ما ذهب إليه الحنفية أيضاً من تخيير الورثة بين العمل على شرط المزارعة حتى يستحصد الزرع وبين قلم الزرع ، وهذا اختيار ثابت لهم ولو أبى صاحب الأرض . .

ومن الطريف أن يترتب على هذا الفرع خيار آخر يكون هذه المرة

(١) رد المحتار : ١٢٥/٥ .

(٢) رد المحتار : ١٢٦/٥ .

(٣) بداية المجتهد ٣٤٧/٢ .

لصاحب الأرض وهو فيها إذا اختار الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل ، لأن الحكم الأصلي انقضاء العقد وانما اعتبر باقيا لمصلحتهم فان أبوا بقى الزرع كما كان مشتركا بينهم وبين صاحب الأرض فيخير هذا بين ثلاثة أمور :

- ١ - قسم الزرع بينه وبينهم بحسب شروط العقد .
- ٢ - أو اعطائهم قيمة نصيبهم من الزرع .
- ٣ - أو الانفاق على الزرع من مال نفسه حتى يستحصل ثم يرجع عليهم بحصصهم . فهذا تخيير ذو ثلاث شعب متفرع عن التخيير السابق ^(١) .

وحالات التخيير هذه لا شك فى مباينتها لما فى الخيارات من عنصر التخيير بين الفسخ والامضاء ، أما تلك الأحكام فلا يجمع بين نتائجها ضابط معين ، لأن التخيير فيها يدور بين أمور شتى لها صفة الخصوص فى كل مسألة ، لأنها منتزعة من واقع قضية معينة . كما أن من يختار وجهها من تلك الوجوه له العدول إلى غيره إذا لم يترتب على عدوله ضرر ، أما الخيار فلا سبيل إلى الاجازة بعد الفسخ أو العكس . .

التخيير فى الحضانة :

من صور التخيير المراد امتناعها من (خيار الفسخ) مسألة اشتهرت فى باب الحضانة بمسألة التخيير ، وهى فيما إذا بلغ الصغير حدا معيناً من العمر (بحسب اختلاف المذاهب) يتخير بين أبيه وأمه وقد فصل ابن تيمية المذاهب ، والروايات من مذاهب أخرى حول هذه المسألة فى رسالة ألفها فى ذلك باسم : (قاعدة فى حضانة الولد) ^(٢) وأسهب فيها عن موضوع التخيير فى هذا الباب .

قيود على التخيير المراد انقضاءه :

وزيادة فى إقامة الفوارق بين الخيار وحالات التخيير السابقة التى لا

(١) ابن عابدين ٧٧٤/٥ وللمدائى ٤٣/٤ والبدائع ١٨٥/٦ .

(٢) طبعت ملحقة بكتاب مختصر الفتاوى المصرية للجهلى (المصنفات ٦١٣ - ٦٣٨) .

تدخل فى نطاق الفسخ والامضاء الموكل لطلاق لإرادة العاقد يلحظ أن قسما من حالات التخيير هذه ليس للمختار أن يعتمد إلى ما يبدو له دون نظر وبحث فى الأصلح من تلك الأمور . . فالتخيير إما أن يكون تخيير رأي ومصصلحة (ويكون ذلك فيما يكون الفعل فيه لغيره بولايته عليه ، أو بوكالة مطلقة) فيجب عليه اختيار الأصلح . وإما أن يكون تخيير مشيئة وشهوة (وهو فيما يكون تصرفه لنفسه) ولم يأمره الشارع باختيار ما هو الأصلح بحسب اجتهاده .

ومن أمثلة التخيير القائم على الرأي والمصلحة : تخيير الامام العام فى الأرض المفتوحة غنوة بين جعلها فيئا وجعلها غنيمة ، كما هو قول الجمهور وفيهم ابو حنيفة وأحمد والثورى ، فليس له أن يختار ما يبدو له دون نظر وتدبر ، بل لا بد له من البحث أى الأمرين أرضى الله فيتبعه . فالتخيير هنا معناه : عدم تعيين فعل من الأمور الخيرة بينها تعيينا دائما فى كل حين ، بل يتعين هذا تارة وذلك تارة بحسب الأحوال .

ومن أمثلة التخيير القائم على المشيئة المطلقة : تكفير اليمين ، فللمكفر أن يفعل أى الخصال شاء وإن كان أحدها أفضل .

وكذلك لا بأس الخف إذا خيّر بين المسح والغسل .
وكذلك المصلي إذا خيّر بين الصلاة أول الوقت وآخره ، وإن كان أحدهما أفضل .

وتخيير الحاج بين التمتع والافراد والقران عند الجمهور (١) .

(١) قاعدة فى حضارة الولد ، لابن تيمية . ملحقة بمختصر الفتاوى المصرية ص ٦٧٢ .

الباب الثاني

زمرة خيار است التروي
وفيه خمسة فصول

- الأول - خيار المجلس
- الثاني - خيار الرجوع
- الثالث - خيار القبول
- الرابع - خيار الشرط
- الخامس - خيار الحيوان

الفصل الأول

خيار المجلس

وفيه تسعة فروع

الأول - تعريفه وتسميته وماهيته

الثاني - مذاهب الفقهاء في خيار المجلس

الثالث - أدلة الإثبات والنفي

الرابع - مناقشة الأدلة

الخامس - زمن خيار المجلس وأمهده

السادس - انتهاء خيار المجلس

السابع - انتقال خيار المجلس

الثامن - آثار خيار المجلس

التاسع - خيار المجلس في القانون

الفرع الأول

تعريفه ، وتسميته ، وماهيته

المبحث الأول

تعريف خيار المجلس

لهذا المركب الاضافى وأمثاله تعريفان ، أحدهما : اجمالى يتناول التركيب جملة باعتباره لقباً لمفهوم واحد ، والآخر : تفصيلى يقوم على تعريف كل من الجزأين على حدة ، وكثيراً ما يكون التعريف التفصيلى لكل جزء بمفرده غير صالح للدلالة على المراد من المركب ، لكنى سوف أستعين بذكره أولاً لايضاح الأصل الاشتقاقى للمعنى الاجمالى للمركب .

أما كلمة (خيار) فقد سبق الكلام فيها ، وأما كلمة (المجلس) - بكسر اللام - فهي ترد فى اللغة مصدرًا ميميًا ، واسمًا للزمان ، واسمًا للمكان ، من مادة (الجلوس) واستعماله المناسب هنا هو اسم المكان ، أى موضع الجلوس . ومن الواضح أن كلمة (المجلس) تحمل معنى (مجلس العقد) فهي ليست لمطلق المجلس ، بل لمجلس العقد خاصة ، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهي للدلالة على المجهود فى الذهن . والمراد مكان التابع أو التعاقد^(١) ، لما دام المكان الذى يضم كلا العاقدين واحداً فلها الخيار فى امضاء العقد أو فسخه ، إلى أن يتفرقا ويكون لكل واحد منهما مجلسه المستقل . ولن نبعد إن قدرنا قبل كلمة (المجلس) مضافاً محذوفاً تقديره : (خيار وحدة المجلس) أو (اتحاد) المجلس .

ومجلس العقد هو الوحدة الزمنية التى تبدأ من وقت صدور الإيجاب وتستمر طوال المدة التى يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد ، وتنتهى بالتفرق وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذى حصل فيه العقد . . .

(١) مطالب أولى التهى ٨٣/٣ ونهاية المحتاج ٨٥/٣ .

وفى حكم التفرق حصول التخاير وهو أن يثير أحدهما الآخر فى امضاء العقد أو رده .

لكن خيار المجلس لا يبدأ من صدور الإيجاب بل من لحاق القبول به مطابقا له ، أما قبل وقوع القبول فإن العاقدين يملكان خيارا فى اجراء العقد أو عدمه لكنه خيار يدعى خيار القبول وهو يسبق تمام التعاقد .

هذا ، وإن حقيقة الجلوس ليست مقصودة فى هذا الخيار المسمى بخيار المجلس لأن الاعتبار هو الفترة الزمنية التى تعقب عملية التعاقد دون طرؤه التفرق من مكان التعاقد . فالجلوس ذاته ليس معتبرا فى ثبوته ، ولا ترك المجلس معتبرا فى انقضائه ، بل العبرة للحال التى يتلبس بها العاقدان ، وهى الانهماك فى التعاقد . ومن هنا ذهب بعض المصنفين إلى أن فى كلمة (المجلس) ضربا من المجاز ، لأنه من اطلاق بعض أفراد الحقيقة ، وهو الجلوس ، على كل أفرادها ، وهو جميع أوضاع التعاقد . وآخرون يرون أنه حقيقة ، لكنه من نوع الحقيقة العرفية ، أى هو للمجلس بالمعنى العرفى الشامل له ولغيره مما هو بمعناه ^(١) .

ويمكننا بعدما سبق تعريف (خيار المجلس) تعريفا اجاليا ، وهو الذى يسميه بعض المصنفين : التعريف اللقى ، لما فيه من اعتبار جزأى المركب لقبا لفهوم واحد ، فهو بهذا الاعتبار :

« حق العاقد فى امضاء العقد أو رده ، منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير » .

المبحث الثانى

تسمية خيار المجلس

معظم المؤلفين يدعون هذا الخيار (خيار المجلس) غير أن بعضهم

(١) الروضة الجية ٣٢٢/١ .

دعاه (خيار المتابعين) ^(١) ولعل هذه التسمية مأخوذة من الحديث المئث لهذا الخيار ، وهو (البيعان بالخيار . . . الخ) . ففي بعض ألفاظه المروية : (المتبايعان بالخيار . .) ^(٢) .

ومناسبة التعرض لتسمية خيار المجلس أشير إلى أن بعض من لا يأخذون بخيار المجلس قد يستعملون هذه التسمية أيضا لكنهم لا يريدونه ، بل يقصدون حالات تخيير أخرى ناشئة بأسباب شرعية ، تنقيد مدتها بمجلس نشو . الخيار الذي ثبت لمدة لا تتجاوز زمن المجلس نحو تفويض الطلاق للزوجة حيث لها أن تطلق في مجلس علمها ما لم تقم فتبدل مجلسها ، أو تعمل ما يقطع المجلس ^(٣) .

ومن جهة أخرى اختار صاحب البحر الزخار طريقة فذة لعرض الخلاف في خيار المجلس إذ جعله نوعين : أحدهما قبل التفرق بالأقوال ، وهو ثابت إجماعا ، والآخر بعد التفرق بالأقوال وهو الذي يختلف فيه الفقهاء بين مثبت ونافٍ ^(٤) . ولا يخفى ما في هذا العرض من غرابة وتجاوز ، حيث إن الخيار الثابت قبل التفرق بالأقوال ليس خيار المجلس بل هو خيار القبول ، ولا داعي لتوسيع مفهوم خيار المجلس كي يشمل ، لأن تلك التوسعة تفقد الاصطلاح فائدته ، فليكن ذلك الصنيع المذكور اصطلاحا خاصا لصاحب البحر ولا مُشاحَة في الاصطلاح .

ومن هنا ارتأى السهوى أن يسلك ما يشبه الطريقة السابقة حيث قال : ولعل الأصح في تصوير مذهب من يقول بخيار المجلس أن يكون هناك مجلسان : مجلس العقد ، وينفص بالقبول ، أو بالاعراض من المتعاقد ،

(١) هو ابن قدامة في المغنى ٤٨٢/٣ .

(٢) بهذا اللفظ جاءت روايات البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه وهؤلاء روايات باللفظ الأول (البيعان) والمعنى متقارب والمقصود واحد . انظر جامع الأصول (٣/٢) وجمع الفوائد (١/٦٥٨) .

(٣) رد المحتار ٣١٦/٣

(٤) البحر الزخار ٣٤٥/٣

ومجلس الخيار ، ويعقب مجلس العقد فوراً ، ولا ينفذ الا بتفريق المتعاقدين بالبدن^(١) .

المبحث الثالث

ماهية خيار المجلس

خيار المجلس من الخيارات الحكيمة (التي تثبت بحكم الشارع) فلا يحتاج إلى تلافى ارادة المتعاقدين لثبوته ، فالعقد إذا وقع ثبت معه خيار المجلس من جهة الشارع ثبوتاً تلقائياً . حتى أن العاقد لو نفاه عند التعاقد لم يصح النفي^(٢) وثبت له خيار المجلس إلى أن يسقطه أحد العاقدين ، أو يسقط تلقائياً بالتفريق .

كما أن خيار المجلس لا يحتاج إلى سبب خاص من الأسباب الشرعية التي جعلها الشارع مقتضية لخيار من الخيارات الحكيمة الأخرى ، فهو لا يتطلب وجود عيب في المبيع ، أو فوات أمر مرغوب فيه كان يتوقعه . . ولذا يعتبر الفقهاء خيار المجلس من خيارات التروي وبعبارة بعضهم (التشهي) لا من خيارات (النقيصة)^(٣) .

الفرع الثاني

مذاهب الفقهاء في خيار المجلس

المبحث الأول

مثبتو الخيار

اختلف الفقهاء في خيار المجلس فذهب معظمهم إلى القول به ، وذهب آخرون إلى إنكاره واعتبار العقد لازماً من فور ولادته .

(١) مصادر الحق ١٨/٢

(٢) حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج ٣/٤ .

(٣) مفني المحتاج ٤٣/٢ .

فالجمهور من الصحابة والتابعين وفقهاء السلف والمذاهب المدونة ذهبوا إلى اثباته ، فلا يلزم العقد عند هؤلاء إلا بالتفرق عن المجلس أو التخاير واختيار امضاء العقد .

فأما من الصحابة فقد حكاه أبو بكر بن المنذر عن ابن عمر وإبي برزة الأسلمي (ولما عمل به وقضاء) وحكاه القاضي أبو الطيب عن علي وابن عباس وأبي هريرة ، واستنبط ابن حزم - من صفقة وقعت بين ابن عمر وعثمان ، واحتاط ابن عمر عقبا بالتفرق - أن عثمان من الآخذين به . وقال ابن حزم بعد من ذكره من الصحابة : « ولا يُعرف لمن ذكرنا منهم مخالف أصلا » (١) .

وأما من التابعين فقد قال به شريح والشعبي وطاووس وعطاء وابن أبي مليكة (نقل ذلك البخاري) وسعيد بن المسيب والزهري وابن أبي ذئب (من فقهاء المدينة) والحسن البصري وابن جريج على ما ذكره ابن المنذر . قال ابن حزم عقب من ذكره منهم : لا يعرف لهم مخالف من التابعين إلا النخعي وحده ، ورواية مكلوبة عن شريح ، والصحيح عنه القول به (٢) .

وقال النووي « انه مذهب سائر المحدثين » (٣) « ومن هؤلاء الزهري وسفيان بن عيينة وابن المبارك وابن المديني وأبو عبيد ومحمد بن نصر المروزي . أما من أصحاب المذاهب المدونة فقد أثبتته الشافعية والحنابلة ، والظاهرية ، والامامية (وصرح بإثباته من أئمتهم زين العابدين والصادق والباقر) وبعض الزيدية (وهم بعض العترة وبعض الهادوية ، وصرح به أحمد بن عيسى ، والناصر والامام يحيى ، لكن كتبهم المتداولة جارية على نفيه) .

(١) المحل ٤٠٩/٨ م ١٤١٧ ومتأني الرابع الأخرى بآخر عرض الخلاف .

(٢) المحل ٤١٠/٨ .

(٣) المجموع ١٩٦/٩ .

وقال به من الأئمة الذين لم تدون مذاهبهم الأوزاعي وإسحاق بن راهويه ، وأبو ثور وابن جرير الطبري . ومن القائلين به - على ما ذكر ابن حزم - : الثوري والليث وعبيد الله بن الحسن القاضي (وهو العنبري) . وجعل صاحب البحر الزخار هؤلاء الثلاثة من نفاته ^(١) .

وما ذكره ابن حزم أوثق لاسيما في شأن الليث والعنبري فقد ذكروا عنها أن المراد بالترقب القيام من المجلس ^(٢) أما الثوري فقد ذكر المرتضى الزبيدي أن عبد الرزاق روى عنه نفي خيار المجلس ^(٣) .

وقد قال بإثبات خيار المجلس من فقهاء المالكية مخالفين إمامهم ابن حبيب وهو من متقدمي المالكية ، والسيوري وعبد الحميد بن الصائغ من المتأخرين . ومال ابن عبد البر إلى خلاف إمامه فيه ^(٤) .

المبحث الثاني

نفاة الخيار

أما الذين لم يشيتوا خيار المجلس من أصحاب المذاهب المدونة فهم الحنفية والمالكية - الأنفرا يسيرا منهم - وبعض الزيدية (الامام زيد والقاسمية من الزيدية ، وهم أتباع القاسم بن ابراهيم الرسي الزيدي) والإباضية . كما نفاه من الفقهاء الذين لم تدون مذاهبهم : الثوري والليث والعنبري ، على ما حكاه

(١) المحل ٤٠٩/٨ م ١٤١٧ المغني ٤٨٢/٣ م ٧٧٥٣ المجموع ١٩٦/٩ ط ٢ البحر الزخار ٣/٣٤٥ نيل الأوطار

١٩٧/٥ ط ٣ الدرر البية وشرحه للشوكاني ١٠٧/٢ الروضة البية ٣٢٢/١

(٢) التعليق المجلد للكتوبى ٣٤٠ بالنسبة للثوري والمجموع ٢٠١/٩ بالنسبة للعنبري .

(٣) عقود الجواهر المنيفة ٦/٢ . ولم أجد ما ذكره في مصنف عبد الرزاق ٨/ ٥٠ - ٥٣ باب (المتبايعان بالخيار)

بل فيه رواية الخليل من طريقه ٥١/٨ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٩١/٣ الفواكه الدواني ١٢٤/٢ النكت الطريقة ص ١٧١ الخطاب على خليل

٣١٠/٤ وذكر أنها إحدى المسائل الثلاث التي حلف (الصائغ) بالمشي إلى مكة ان أفتى فيها بقول

مالك ! (والثانية التسمية البيضاء من مسائل الحيف ، والثالثة : جنسية القمح والشعير في البيع

الروية) .

صاحب البحر الزخار^(١) ، وقد حكى نفيه أيضا عن الإمامية وتابعه الشوكاني ، والذي في كتبهم الاتفاق على الأخذ به^(٢) .

أما من فقهاء السلف فقد ذكر النووي أنه حكى نفيه عن شريح والنخعي وربيعة ، وذكر ابن رشد أن نقاته هم « مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة » ولا ندرى من عني من المدنيين غير ربيعة^(٣) . وقد ذهب ابن حزم إلى أن رواية النبي عن شريح مكذوبة ، وإن الصحيح عنه القول به ، ثم أورد أسانيد في قضائه بخيار المجلس وفي أحدها أن الشعبي رجع عن قضائه بخلافه إلى قضاء شريح ، ولم يتعرض ابن حزم لما حكى عن ربيعة لا بنّي ولا إثبات ويكفي ما فيها من تمرّض . أما إبراهيم النخعي فقد حكى ابن حزم عنه النبي أولاً واعتبره السلف الوحيد للحنفية والمالكية قائلا : « ما نعلم لهم من التابعين سلفا إلا إبراهيم وحده » ثم روى عنه من طريق سعيد بن منصور قوله « إذا وجبت الصفقة فلا خيار » ومن طريق ابن أبي شيبة قوله : « البيع جائز وإن لم يتفرقا » . وهو في مصنف عبد الرزاق أيضا^(٤) .

ثم لم يكتف ابن حزم بمحصر تقي خيار المجلس في إبراهيم النخعي وحده ، بل نازع في أن تكون كلمته السابقتان نصا صريحا في انكاره ، فهو يقول عن الأولى منها : « لعمري أن قول إبراهيم ليخرج على أنه عني كل صفقة غير البيع ، لكن الاجارة والنكاح والهبات ، فهذا ممكن لأنه لم يذكر البيع أصلا » وقال عن الثانية : « وقوله : البيع جائز وإن لم يتفرقا ، صحيح . وما قلنا أنه غير جائز ، ولا قال هو أنه لازم ، وإنما قال : إنه جائز » . وانتهى

(١) فتح القدير ٨١/٥ البدائع ٢٢٨/٥ الخطاب ٣١٠/٤ المحل ٤٠٩/٨ ١٤١٧ نيل الأوطار ١٩٧/٥ النيل للشحني ٤٧٠/٢ و ٥٢٥ البحر الزخار ٣/٣٤٥ .

(٢) شرائع الإسلام ٣٢٠ المختصر النافع ١٢١/١ تذكرة الفقهاء ٥٢٧/١ المكاسب ٢١٦ وقال : لا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار للمتأخدين .

(٣) المجموع ١٩٦/٩ بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(٤) المحل ٤٠٩/٨ - ٤١٠ م ١٤١٧ المصنف لعبد الرزاق ٥٢/٨ وعقب الشوكاني على قول ابن حزم « ولا يعرف لهم رأي المتأخدين » عاين من التابعين إلا النخعي وحده ، بأنه مبالغ في ذلك (نيل الأوطار ٢١٠/٥) .

ابن حزم بعدئذ إلى الحكم على نفاته (الحنفية والمالكية) بقوله : « فحصلوا بلا سلف » (١) .

وقبل الانتقال إلى استعراض الأدلة والترجيح بينها أشير إلى طريقة سلكها المهدى الزيدي (٢) في عرض الخلاف حول خيار المجلس حيث جعل خيار المجلس حالتين (أولاهما) قبل التفرق ، وهو في هذه الحالة متفق عليه . (والثانية) بعد التفرق وهو مختلف فيه . وقد ذكر هذه الطريقة الشوكاني دون تعقيب ، ولا يخفى أن في هذا تجاوزاً فالخيار القائم قبل التفرق عن المجلس هو خيار القبول والرجوع . ولهذا تفصيل سيأتي .

الفرع الثالث

أدلة الالبات والنفي

المبحث الأول

أدلة المثبتين

استدل القائلون بمشروعية خيار المجلس بالأدلة التالية :

السنة القولية والفعلية :

فمن السنة القولية الحديث الذي اشتهر بين العلماء بحديث المتابعين ، وله روايات كثيرة أوضحها دلالة رواية ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الأبيع الخيار » وفي رواية : « ما لم يتفرقا أو يكون بيعها عن خيار » وفي رواية أخرى : « أو يخير

(١) المحل ١٤١٠/٨ م ١٤١٧ .

(٢) البحر الزخار ٣/٣٤٥ ونيل الأوطار ٢١٠٥ ويشبه هذا الصنيع (على ما فيه من مجوز) ما في خيار الرؤية فهو متفق عليه عند مثبتى ذلك الخيار قبل مطابقة المرئى للموصوف . أما بعده فيختلف مثبتو الخيار أنفسهم ، فالحنفية يرونه باقيا دون غيرهم .

أحدهما صاحبه^(١). ووجه الاستدلال اثبات الخيار من الشرع للمتبايعين، وهما متبايعان بعد تمام البيع بالإيجاب والقبول. أما قبل ذلك فهي متساومان. والحديث وإن جاء بلفظ (المتبايعين) يشمل ما في معنى البيع من عقود المعاوضة^(٢). وورد عن ابن عمر قوله: كانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا^(٣). ومن المقرر في أصول الحديث وأصول الفقه أن قول الصحابي «من السنة كذا» له حكم الحديث المرفوع.

وقد اقترن هذا الحديث بما يفيد إحكامه وعمل الصحابة به، يدل على ذلك أثر أمي برزة - وفيه قضاؤه بخيار المجلس وروايته حديثه - وقد أخرجه أبو داود - بسند رجاله ثقات -^(٤)، عن أمي الوضيء عباد بن نسيب قال: غزونا غزوة، فقتلنا متزلاً، فباع صاحب لنا فرساً بغلام، ثم أقاما بقية يومها وليتها، فلما أصبحا من الغد قام الرجل إلى فرسه يسرجه، فندم، فأتى التزجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي ﷺ، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالا له هذه القصة فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال رسول الله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». قال هشام بن حسان: حدث جميل بن مرة أنه قال: ما أراكما اقتصما.

(١) الحديث مما اتفق على روايته البخاري ومسلم، وموطن رواية ابن عمر فيها في صحيح البخاري كتاب البيوع باب البيعان بالخيار ١٧/٣ وفي صحيح مسلم ١٠/٥ ولها روايات مختلفة سوى ما ذكرت، وقد اهتمت بها وروايات الكتب الستة المحافظ الترمذي في نصب الرأية ١/٤ - ٤ والشوكاني في نيل الأوطار ٢٠٨/٥ - ٢١٣ ورواه أيضاً الإمام مالك - مع عدم أخذه به - في الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الخيار (ص ٤١٦) وفي المدونة ١٨٨/٤ وقد ذكر الشافعي في الأم (٣/٤ - ٥) حديث الخيار من طرق عديدة وصرح أن الخيار المراد بعبارة (البيع بالخيار) هو التخيير (تقسيم التفرق في إنهاء الخيار).

(٢) للمذهب ٢٥٧١.

(٣) نصب الرأية ٤/٤ وجامع الأصول ٩/٢ - ١٠.

(٤) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ تَلْقِيقًا بِصِيغَةِ الْجَزْمِ ١٧/٣ وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ ٢٧٠/٥ وَهَنَّاكَ رَوَايَاتٌ أُخْرَى تَنْتَظِرُ فِي الْجُمُوعِ لِلنُّوَى ١٨٥/٩.

وأما السنة الفعلية فما روى أنه عليه السلام خير أعرابيا بعد البيع ^(١) ، أي قال له : اختر ، لكي ينترم العقد ، وذلك مصرح به في الحديث بروايته الأخرى ، أنه عليه الصلاة والسلام بايع رجلا فلما بايعه قال له : اختر ، ثم قال : هكذا البيع ^(٢) .

آثار الصحابة :

فقد روي القول والعمل به عن ابن عمر وأبي برزة ، وقال به أيضا علي وابو هريرة وابن عباس ^(٣) .

أما أثر ابن عمر فهو أنه كان إذا اشترى شيئا وأراد أن يجب له البيع (أي يلزم) فارق صاحبه ، حسب رواية البخاري (أو) قام فشى منية ثم رجع ، حسب رواية مسلم (أو) كان إذا ابتاع ييعا وهو قاعد قام ليحب له البيع ، حسب رواية الترمذي ^(٤) .

أدلة أخرى :

بعضها مستنده القياس ، وبعض آخر يرتكر إلى وجوه من المعقول ، كحاجة الناس الداعية إلى مشروعيته ، لأن الانسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدو له فيندم ، فبالخيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك . قال العز بن عبد السلام : « دخل في البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته ، لأن الحاجة تمس إليه ، فجاز مع قصر مدته » ^(٥) .

ويقول النووي بصدد الأدلة من القياس : « وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة وقياسات لا حاجة إليها مع الأحاديث السابقة » ^(٦) . ومراؤه أن

(١) أخرجه الترمذي عن جابر .

(٢) رواه الطيالسي والبيهقي عن ابن عباس كما في المجموع ١٨٥/٩ .

(٣) المجموع ١٨٥/٩ والشرح الكبير على المنع ٦١/٤ ونيل الأوطار ٢١٠/٥ .

(٤) جامع الأصول لابن الاثير ٦/٢ - ٧ والمجموع ١٨٥/٩ .

(٥) قواعد الاحكام في مصالح الأنام ١٣٦/٢ .

(٦) المجموع ١٨٧/٩ .

المعول في اثبات هذا الخيار على حديث المتبايعين ، لأنه دليل كافٍ بنفسه ، أما ما عداه فما هو إلا من قبيل القرائن التي تفيد في نقل دلالة النص من الظنية (مثلاً) إلى القطعية .

المبحث الثاني

متمسك النفاة

احتج الذين لم يقولوا بخيار المجلس بدلائل من الكتاب والسنة والقياس :

فن الكتاب : احتجوا بثلاث آيات يقتضى ظاهرها نفي خيار المجلس .

الأولى : قوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) ^(١) فهذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراضٍ مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد . ويترتب عليه جواز الأكل في المجلس قبل التفرق أو التأخير ، وعند القائلين بخيار المجلس إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح له الأكل فكان ظاهر النص حجة عليهم ^(٢) .

الثانية : قوله تعالى : (وأشهدوا إذا تباعتم) ^(٣) فالأشهاد في المجلس - مع القول بخيار المجلس - لو وقع لم يطابق الأمر لأن البيع لم يحصل ، وإن وقع الأشهاد بعد المجلس لم يصادف محلاً . وكذلك هو أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التعاجد للبيع ، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول فلم يثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ،

(١) النساء ٢٩

(٢) البدائع ٢٢٨/٥ فتح القدير ٨١/٥ المجموع ١٨٤/٩ .

(٣) البقرة ٢٨٢

بل يبطل ما يؤدي لإبطالها وهو ثبوت الخيار لأن ما يؤدي إلى الباطل باطل (١).

الثالثة : قوله تعالى : (أوفوا بالعقود (٢)) والرجوع عن موجب العقد قبل التفرق - على ما يسيغه القائلون بخيار المجلس - ترك للوفاء بالعقد عند نفاة خيار المجلس والعقد يصدق بمجرد الإيجاب والقبول فتى صدر من أهله في محله يجب الوفاء به ، فإذا لم يقع لازما لم يتحقق وجوب الوفاء به وهو ما تقتضيه الآية (٣).

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه) فدل على أنه لا تقييد بالتفرق ، فلو كان قيذا لذكره كما ذكر قيد الاستيفاء في بيع الطعام .

كما أنهم تمسكوا بإحدى روايات حديث المتبايعين التي فيها : « فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله » حيث تدل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة (٤) . وسنرى في المناقشة أن هذا الدليل متجاذب فقد تمسك به أيضا المثبتون .

وحديث (المسلمون على شروطهم) وفي رواية (عند شروطهم) والقول بالخيار بعد العقد يفسد الشرط ، مع أن الحديث يعتبر الشروط . وحديث التحالف عند اختلاف المتبايعين ونصه : « أيما يبيعن تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان » (٥) .

فهذا الحديث يقتضي الحاجة إلى اليمين وذلك يستلزم لزوم العقد . ولو

(١) فتح القدير ٨١/٥

(٢) المائدة ١

(٣) فتح القدير ٨١/٥ وبداية المجتهد ١٤٠/٢ .

(٤) المجموع ١٨٤/٩

(٥) أخرجه مالك بلاغا عن ابن مسعود مرفوعا . وقد جاء موصولا عند الترمذى .

ثبت خيار المجلس لكفى فى رفعه - عند الاختلاف - دون حاجة إلى التحالف (١) .

وأما القياس : فقد قاسوا البيع ونحوه من المعاملات المالية فى هذا على النكاح والخلع والعق على مال والكتابة ، وكل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس ، بمجرد اللفظ الدال على الرضا ، فكذلك البيع .

كما قاسوا ما قبل التفرق على ما بعده ، وهو قياس جلي (٢) .

ومن طريق النظر قالوا : ان خيار المجلس خيار بمجهول ، فإن مدة المجلس مجهولة فأشبه ما لو شرطاً خياراً بمجهولاً ، وهذه جهالة فاحشة ممنوعة فى الشرع (٣) .

وكذلك قالوا إن البيع صدر من العاقدین مطلقاً عن شرط ، والعقد المطلق يقتضى ثبوت الملك فى العوضين فى الحال فالفسخ من أحد العاقدین يكون تصرفاً فى العقد الثابت بتراضيهما أو تصرفاً فى حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ، كما لم تجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق (٤) .

الفرع الرابع

مناقشة الأدلة

المبحث الأول

مناقشة أدلة الالبات

لقد ناقش منكرو خيار المجلس أدلة المثبتين جميعها : الحديث فما بعده ، وذلك من جهات متعددة لا يستحق جميعها الوقوف عنده ، لما فى

(١) نيل الأوطار ٢١٠/٥ (الموطأ ص ٤١٦) .

(٢) نيل الأوطار ٢١٠/٥ فتح القدير ٨٢/٥ .

(٣) المجموع ١٨٤/٩

(٤) البدائع ٢٢٨/٥ والمنايا على النهاية ٨١/٥ وتبيين الحقائق للزلي ٣/٤ .

بعضها من تمحل وتكلف . فحسبنا التعرض لأهمها وأظهرها . وبما أن أهم تلك المناقشات دارت حول الحديث ^(١) فبعض منها يتصل بوروده وثبوته ، وبعضها يتعلق بدلالة الحديث ومعناه ، فإن البدء سيكون بالنوع الأول منها أى ما يتصل بورود الحديث عن الشارع وثبوته ، وبخاصة كون الأئمة المجتهدين الذين لم يأخذوا بخيار المجلس قد اطلعوا على الحديث ، أو بعبارة مألوفة : قد بلغهم ووصل إلى علمهم ، ولهذا الناحية أهمية كبرى فى مجال الخلاف الفقهي ومقارنة المذاهب ، ذلك أن من أسباب اختلاف الفقهاء بلوغ الخبر لفقيه وخضاه عن آخر ، أو بلوغه إليه من طريق لا يحتاج بها .

وسنرى أن هذا الحديث قد حصل اليقين بأن كلاً من الامامين أبى حنيفة ومالك قد بلغه بصورة تحصل بها الحجة : أما أبو حنيفة فقد روى البيهقي فى السنن ^(٢) بإسناده عن ابن المدينى ، عن ابن عيسى أنه حدث الكوفيين بحديث (البيعان بالخيار) قال : فحدثوا به أبا حنيفة فقال : ان هذا ليس بشيء ، أرأيت ان كانا فى سفينة ؟ قال ابن المدينى : ان الله سائله عما قال .

وقد ناقش المرتضى الزبيدى هذه الحكاية فاستبعد صحتها وأنها لا تليق بأبى حنيفة . ثم قال : وعلى تقدير صحتها لم يرد بقوله : « ليس هذا بشيء » الحديث ، وإنما أراد : ليس هذا الاحتجاج بشيء يعنى تأويله بالتفرق بالأبدان ، فلم يردّ الحديث بل تأويله (كذا ، والصواب : تأوله) بأن التفرق المذكور فيه هو التفرق بالأقوال . . ولهذا قال : أرأيت لو كانا فى سفينة . وقول ابن المدينى : ان الله سائله عما قال ، فلا شك فيه ، كلّ مشغول عن قوله وفعله ، وهو رضي الله عنه قد أعد جواباً ، ولم يترك النصوص

(١) خولف الترتيب السابق فى الأدلة بالبدء بالسنة قبل الكتاب ، لأن الاستدلال بها والنقاش حولها فى هذا الموضوع هو لب الأدلة . أما الأدلة الأخرى فقد تجاوزها الطرفان بالرغم من خفاء دلالتها أو طوره الاحتمال عليها .

(٢) سنن البيهقي ٢٧٠/٥ وذكرها التوى فى المجموع ١٩٩/٩ ط ٢ .

تضاد . . .^(١) هذا ما اعتذر به الزبيدي ، والشرط الأول من كلامه مركّز على أن الحكاية تضمنت حججا وتمسك الطرفان بمسألة التفرق مع أن الحكاية مقتصرة على رواية الحديث فلما أنها سقت مختصرة ، وإما أن الإمام طوى بيان حجته وذكر ما يدل عليه وهو تعذر تطبيقه إلا بحمله على التفرق بالأقوال ، أما آخر كلامه فهو مسلم ، والظن بالأئمة أنهم ذوو ادراك لهذه المسئولية وقد أعدوا لها الأجوبة ، غير أن ابن المديني قصد بهذه العبارة تخطئة اجتهاد ابي حنيفة ، والاجتهاد يخطئ ويصيب ، والخطأ غير الضلال . على أن ابرام البيع للمتعاقدين في سفينة وان رآه الامام أبو حنيفة متعذرا هو من أيسر الأمور عند مثبتى خيار المجلس ، لأن في وسع المتعاقد الراغب في ابرام العقد أن يلجأ إلى التخيير بأن يقول أحدهما لصاحبه : اختر ، مستعجلا آياه في امضاء العقد أو فسخه ، فلا فسحة له بعدئذ من اختيار أحد الأمرين .

أما الامام مالك فقد قال عقيب روايته الحديث في الموطأ - ومثله في المدونة - : وليس لهذا عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به فيه^(٢) . ومن المعروف في مذهبه ترك الأخذ بالحديث إذا خالفه عمل أهل المدينة معتبرا إياه منسوخا أو مؤولا وقد ناقش النووى هذا الصنيع من مالك بأن الأخذ بعمل أهل المدينة هو اصطلاح للمالك وحده انفرد به عن العلماء فلا يقبل قوله في رد السنن لترك فقهاء المدينة العمل بها ، إذ لم ينحصر الفقهاء في عصره ولا قبله في المدينة أو غيرها . كما أنه نوزع في اتفاق فقهاء أهل المدينة على ترك العمل به ، قال ابن أبي ذئب : هذا خبر موطوء بالمدينة^(٣) ثم أنكر عليه موقفه هذا وهو معاصره وأغلظ عليه القول من أجل هذه المسألة^(٤) .

وعن موقف مالك من الحديث لم أر أجود من كلام الامام الخطابي وهو يشرح حديث خيار المجلس فقد قال : أما مالك فان أكثر شيء سمعت

(١) عقود الجواهر النفقة للمرتضى الزبيدي ٩/٢ - ١٠ .

(٢) الموطأ ص ٤١٦ كتاب البيع ، باب الخيار ، والمدونة ٢٠/١٠ .

(٣) موطوء : مشهور ، من الطريق الموطوءة : السلوك كثيرا (لسان العرب / وطي) .

(٤) المجموع ١٩٩/٩ الطل ومعرفة الرجال للامام أحمد ١٩٣/١ .

أصحابه يحتجون به في رد الحديث هو أنه قال : ليس العمل عليه عندنا ، وليس للتفرق حد محدود يعلم .

قال الخطابي : وليس هذا بحجة . أما قوله : ليس العمل عليه عندنا فانما هو كأنه قال : أنا أرد هذا الحديث ولا أعمل به . فيقال له : الحديث حجة ، فلم ردده ؟ ولم لم تعمل به . وقد قال الشافعي : رحم الله مالكا لست أدرى من اتهم في اسناد هذا الحديث ؟ اتهم نفسه ، أو نافعا ، وأعظم أن أقول : اتهم ابن عمر .

ثم ناقش الخطابي بقية متمسك مالك وهو قوله : ليس للتفرق حد يعلم فقال : ليس الأمر على ما توهمه . والأصل في هذا ونظائره أن يرجع إلى عادة الناس وعرفهم ، ويعتبر حال المكان الذي هما فيه مجتمعان ، فإذا كانا في بيت فإن التفرق إنما يقع بخروج أحدهما منه ، ولو كانا في دار واسعة فانتقل أحدهما عن مجلسه إلى بيت أو صفة أو نحو ذلك فإنه قد فارق صاحبه . وإن كانا في سوق أو على حانوت فهو بأن يولي عن صاحبه ويخطو خطوات ونحوها . وهذا كالعرف الجارى والعادة المألوفة في التقابض وهو يختلف في الأشياء فمنها . . . وكذلك الأمر في الحرز الذي يتعلق به وجود قطع اليد . . . والعرف أمر لا ينكره مالك بل يقول به ، وربما ترقى في استعماله إلى أشياء لا يقول بها غيره ، وذلك من مذهبه معروف ، فكيف صار إلى تركه في أحق المواضع به حتى يترك له الحديث الصحيح ، والله يغفر لنا وله . وإن كان ابن أبي ذئب يستعظم هذا الصنيع من مالك ، وكان يتوعده بأمر لا أحب أن أحكيه^(١) ، والقصة في ذلك عنه مشهورة .

(١) معالم السنن . للخطابي ١٢٠/٣ - ١٢١ والأمر الذي طواه لشهرة القصة قد بينه غيره ، وهو أن ابن أبي ذئب كان يقول : يستتاب مالك فإن تاب والآ ضربت عنقه : (الطال للامام أحمد ١/١٩٣ فقرة / ١١٩٣) وهذه الشبهة من ابن أبي ذئب سببها تصوره أقدام مالك على رد الحديث ، مع أن الامام مالكا لم يصنع ذلك ، بل اجتهد وأثبت بأدلة أخرى وآها أولى من هذا الدليل .

قال ابن رشد عن حديث المتبايعين : وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد - يقصد ابن حزم - ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الآحاد .

ثم قال : وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث . فالذي اعتمد عليه مالك في رد العمل به أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه ، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال : ايما بيعين تباعا فالقول قول البائع أو يترادان ، فكأنه حمل هذا على عموميه ، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبين حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لازم ، بل بعد الاقتراق من المجلس .

وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه الآ مع توهم العموم فيه ، والأول أن يبنى هذا على ذلك . . . فهذا الذي اعتمده مالك في ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس . . . (١) .

ومما يحسن التعقيب به هنا على عدم عمل مالك بحديث خيار المجلس ، بعدما رواه كلمة ابن الهمام من محققى الحنفية ، ناهجا منهج الانصاف قائلا : « وأما ما قيل : حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به ، فلو كان المراد به ذلك لعمل به ، فغاية في الضعف ، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره ، بل مالك عنده معجوج به (٢) .

(١) بداية المجهد ١٤٢/٢ وقد أشار أن صنيع المالكية هنا تغليب القياس على الأثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية . . ثم أشار إلى تخلصهم بأنه ليس تغليا بل تأويل وذكر شيئا من التأويلات السابق ذكرها .

(٢) فتح القدير ٨٢/٥ .

ومن صور المناقشات التي تعرض لها الحديث - وهو أقوى أدلة الإثبات - القول بأنه خبر واحد ورد فيما تعم به البلوى ، فلا يقبل . وأجيب عن ذلك بأنه هو خبر العدل عن العدل فيجب قبوله . ثم انه ليس فيما تعم به البلوى ، لأن الأزمان المتوالية تضي ولا يحتاج إلى خيار المجلس (١) .

وأورد المثبتون على مثيرى شبهة كونه خبر آحاد أن نفاة الخيار أسقطوا القراءة عن المقتضى ، وأوجبوا الوتر بأخبار الآحاد وكل ذلك مما تعم به البلوى (٢) .

ومن مناقشة النفاة للحديث من حيث الدلالة قولهم ان الحديث - بالرغم من صحته - خبر آحاد ، وقد ورد مخالفا لظاهر الكتاب ، والمراد بظاهر الكتاب الآيات السابق ذكرها وهي قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٣) . وما فيها من الاطلاق عن شرط التفرق . وآية الوفاء بالعقود باعتبار أن فسخ العقد من طرف أحدهما محلل بالوفاء بالعقود .

يقول ابن عبد البر ، بعد أن قرر أن مذهب مالك لإيجاب العمل بمسند الحديث ومرسله ما لم يعترضه العمل الظاهر ببلده ، ولا يبالي في ذلك من خالفه في سائر الأمصار :

« ولا يرى العمل بحديث خيار المتبايعين ولا بنجاسة ولوغ الكلب ،

(١) اثار الانصاف في آثار الخلاف ، لسبط ابن الجوزى (الحنفي) مخطوط (ورقة ١١٤ - ١١٥) وقد أيد النفاة (أصحاب مذهب) بالتعلق بكون حديث المتبايعين خبر آحاد . وهو ليس حجة فيها فيه زيادة على الكتاب (أى الآيات المقتضية الوفاء بالمقد بمجرد عقده) ثم تعلق بعدم عمل مالك به - وقد سبق جوابه - ولجأ أخيراً إلى دعوى النسخ ، أو حمله على التفرق بالأقوال أو حمله على خيار القبول ، وكل ذلك سبق الجواب عنه مفصلاً .

(٢) وفي المجلد مناقشة مستفيضة لا أثير حول حديث خيار المجلس من شبه مع الترضى لا يتصل بالحديث من الآيات أو الآثار والرد على المتكررين والزامهم الأخذ به ، على طريقة ابن حزم في الربط بين ما أخذ به كل أصحاب مذهب وما تركوا . . (المجلد ٨ / ٤٠٥ - ٤٢٢) .

(٣) سورة النساء ٢٩ .

لم يدرك ما حقيقة ذلك كله ، لما اعترضها عنده من العمل^(١) .

وقد ارتأى بعض الفقهاء المنكرين لخيار المجلس أن حديث المتبايعين إذا سلّم أنه على ظاهره ، دون صرف التفرق إلى الأقوال ، وأنه للتفرق بالأبدان فهو محمول على الاستحباب ، وهو حصص لتحسين المعاملة مع المسلم . أو يقال : أنه محمول على الاحتياط للخروج من الخلاف .

وقد ناقش ذلك المثبتون بأنه خلاف الظاهر فلا يصار إليه إلا لدليل^(٢) .

هذا ، وقد كان من صنيع سحنون في المدونة أن أورد خلف مسألة نفي خيار المجلس قول ابن وهب : وكان ابن مسعود يحدث أن رسول الله ﷺ قال : أيما يتبعين تباعا فالقول ما قال البائع أو يترادان .

وقال أشهب : الذي اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البيعين إذا أوجب البيع بينهما فقد لزم ولا خيار لواحد منهما إلا أن يكون أحدهما اشترط الخيار فيكون ذلك لمشترط الخيار على صاحبه ، وليس العمل على الحديث الذي جاء : (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) قال أشهب : ونرى والله أعلم أنه منسوخ لقول رسول الله ﷺ : المسلمون على شروطهم ، ولقوله ﷺ : إذا اختلف البيعان استحلّف البائع . وقال غيره : فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين . . .^(٣) .

(١) التمهيد ، لابن عبد البر ٣/١ ط . المغرب . ويقصد بالعمل عمل أهل المدينة وعن ذلك ينظر الخطاب ٤١٠/٤ والزرقاتي على الموطأ ٣/١٣٨ والمقدمات لابن رشد ٢/٢٣٩ وفتح القدير ٥/٨١ وفي الفواكه النوائى ١٢٤ هـ وإنما قدم مالك العمل على الحديث الصحيح لأنه خبر آحاد وعمل أهل المدينة كالخبر المتواتر ونحوه في السوقي على الشرح الكبير ٣/٩١ وزاد : لأن المتواتر من قبيل الاجماعيات يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد فإنه يفيد الظن .

(٢) نيل الأوطار ٥/٢١٠ .

(٣) المدونة ٤/١٨٨ .

وقد ناقش المثبتون دعوى النسخ ، وما أورد عليه قول الحافظ ابن حجر : لا حجة في شيء من ذلك ، لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، والجمع مهما أمكن لا يصار معه للترجيح ، والجمع هنا ممكن بغير تعسف ولا تكلف ^(١) .

وإذا ظهر خطأ حمل الحديث على الاستحباب ، أو ادعاء النسخ بسهولة ويسر ، فإن هناك محملاً آخر شغل كثيراً من وقت المؤلفين ، وهو حمل الحديث على خيار آخر غير خيار المجلس ، وهو خيار الرجوع .

وهكذا صرف الحنفية الخيار المذكور في حديث المتابعين عن خيار المجلس إلى خيار آخر للعاقدين غير متنازع فيه وهو خيار الرجوع للموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر . وهذا التأويل للحديث ذو أصول عريقة فقد صرح به الإمام محمد بن الحسن ونقله عن النخعي حيث قال في الموطأ : « وتفسيره عندنا على ما بلغنا عن إبراهيم النخعي أنه قال : (المتابعان بالخيار ما لم يتفرقا) قال : ما لم يتفرقا عن منطلق البيع إذا قال البائع : قد بعثك فله أن يرجع ما لم يقل الآخر : قد اشتريت ، وإذا قال المشتري : قد اشتريت بكذا وكذا ، فله أن يرجع ما لم يقل البائع : قد بعث » ^(٢) .

وقد أشار الكاساني إلى هذا وأضاف بأنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روى عن ابن عمر « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما » لكنه زاد أيضاً على الحمل على خيار الرجوع عن الإيجاب إمكان حمله على خيار القبول إذ للبائع بعد صدور الإيجاب من المشتري أن لا يقبل - وذلك للمشتري أيضاً إن كان الموجب هو البائع ^(٣) .

(١) نيل الأوطار قلا عن ابن حجر (٢١١/٥)

(٢) الموطأ ل مالك ابن أنس رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص ٢٧٧) . والتعليق المجدد شرح موطأ محمد ص ٣٤٢ .

(٣) البدائع ٢٢٨/٥ .

وفي سبيل ذلك ذهب النفاة إلى تناول لفظين في الحديث بالتأويل ،
أو التفسير الخاص ، وهما : (المتبايعان) و (التفرق) .

أما اللفظ الأول (المتبايعان) فقالوا إن المراد به المتساومان قبل إبرام
العقد ^(١) أو بعبارة أخرى « المتشاغلان في البيع قبل تمام العقد ^(٢) » ،
فالخيار المذكور في الحديث محمول على خياري الرجوع والقبول مادام في
التبايع حيث يكون لمن صدر منه الإيجاب (مشتريا كان أو بائعا) أن يرجع عن
إيجابه قبل أن يتصل به القبول من الآخر . كما أن للعاقد الآخر (المشتري أو
البائع) الخيار بين القبول وعدمه . وهذا الخيار لكل منهما سابق للعقد وهو
متفق عليه بين المذاهب . فالمتبايعان هنا هما المتساومان قبل العقد ، وهي
التسمية الملائمة لحال المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد لأنها بعد تمام العقد
لا يسميان متبايعين حقيقة ، بل يقال : كانا متبايعين ^(٣) .

وقد ناقش مثبتو خيار المجلس هذا التفسير من نواح عديدة أهمها : أن
القضية معكوسة ، فالتعاقدان يسميان « متبايعين » بعد انقضاء التعاقد ، لأن
هذه التسمية مشتقة من (البيع) فما لم يوجد لا يجوز أن يشتق منه . وأما قبل
التعاقد فهما متساومان والحديث لم يرد فيه هذا اللفظ . على أن حمل الحديث
على خيار المجلس يستلزم فائدة للحديث لم تكن بدونه ، ولو جعل مفاده خيار
المتساومين كان تنصيحا على أمر بدهي معروف فيخلو الحديث عن فائدة لم
تكن معلومة ^(٤) .

(١) المجموع ٢١٠/٩ .

(٢) الفروق ، للقرافي ٣/٢٧٢ .

(٣) البائع ٢٢٨/٥ وقال : « وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن ابراهيم النخعي وانه موافق
رواية أبي حنيفة لما روى عن ابن عمر : الييمان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما . حملناه على هذا توفيقا بين
الدلائل بقدر الامكان » .

(٤) ذكر ابن عقيل من الحنابلة في كتابه « الجدل على طريقة الفقهاء » ص ٣٣ صورة وجيزة لهذه المناقشة بقوله :
« فيقول المخالف : المتبايعان هما المتشاغلان بالبيع قبل الفراغ ، فيقول (أصحابنا) : الييمان : التفاعلان ،
ولا يتم التسمية إلا بعد القبول والإيجاب » .

ولو سلم المنكري خيار المجلس كون لفظ (المتبايعين) حقيقة في المتشاعلين بالبيع ، مجازاً فيمن تم تعاقدهما ، فإن الحمل على المجاز متعين لما منع خارجي من حمله على الحقيقة (المفترضة) وهو ما روى أنه عليه السلام خير اعرابيا بعد البيع ^(١) .

يضاف إلى ذلك صنع ابن عمر بالمشي ليجب له البيع ، وهو أعلم بمراد الحديث لما كان له (ولأمثاله من الصحابة) من مزية مشاهدة نزول الآيات وورود الأحاديث ومعرفة الأسباب والملابسات التي لا ينكر أثرها في بيان المراد .

لكن ادعاء صرف الحديث لخيار الرجوع تذرعا بالحقيقة وفرازا من المجاز في لفظ (المتبايعين) قضية لم تسلم من مناقشة حادة من مبتي الخيار القائلين بأن المراد بالمتبايعين : المتعاقدان ، لأن « البيع » - أو « المتبايع » من الأسماء المشتقة من أفعال الفاعلين وهو « البيع » فما لم يوجد البيع لا يجوز أن يشتق منه لأن كل اسم من معنى لا يصلح اشتقاقه حتى يوجد ، فلا يقع حقيقة إلا بعد حصول الفعل منهم ، كقولهم : زان وسارق . ولا يطلق لفظ (المتبايعين) على المتساومين لأن لكل منهما مجالا ، فالمتساومان يطلق ماداما في المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد ولا يطلق عليهما في تلك الآونة لفظ فإذا انتهيا من تلك المرحلة وارتبط بإيجاب أحدهما بقبول الآخر كانا « متبايعين » ^(٢) فتبين أن الحقيقة هو مسا لدى الثبنتين ، وأن اطلاق النفاة ليس واردا على المعنى الحقيقي ولا يتسع لهم إلا المجاز ، فإذا سلم إمكان اطلاق المتبايعين على « المتساومين » على سبيل المجاز فإن الحمل على الحقيقة أو ما يقرب منها أولى ، - كما قال ابن حجر - ولا يلزم من استعمال المجاز في مواضع استعماله في كل موضع ^(٣) . ويقول البعلي من الخنابلة : « اطلاق المشتق - كاسم

(١) سنن البيهقي ٢٧٠/٥ .

(٢) المجموع شرح المذهب ٢٠٠/٩ .

(٣) نيل الأوطار ٢٠٩/٥ - ٢١٠ .

الفاعل واسم المفعول - باعتبار الحال حقيقة بلا نزاع ، وإطلاقه باعتبار المستقبل مجاز « (١) » .

كما أن حمل « المتبايعين » على المتعاقدين يجعل للحديث فائدة لم تكن معروفة قبله ، أما حمله على المساومة فيخرجه عن الفائدة لأنه معلوم ويصان كلام الشارع عن الحمل عليه لأن معناه : المتساومان إن شاء عقدا وإن شاء لم يعقدا وهو لا يحتاج إلى بيان ، لأنه معروف بالبداهة (٢) .

ثم إن مدّ الخيار إلى حين التفرق فيه تصريح بثبوته بعد انقضاء العقد .

ثانيا - أما اللفظ الآخر الذى استهدف للتأول فهو لفظ (التفرق) فقد حمله نفاة خيار المجلس على التفرق بالأقوال ، فى حين ذهب المثبتون إلى أن المراد التفرق بالأبدان . وكان استدلال كل من الفريقين حشد النصوص التى جاء فيها ذكر التفرق مقصودا به المعنى المحتج له ، فينبى المخالفون بأن ذلك استعمال مجازى . ومن مقالة ابن حجر فى ذلك تصريحه : بأنه لا يلزم من استعمال المجاز فى مواضع استعماله فى كل موضع (٣) .

وقد تطرق الكلام إلى مادة (فرق) فجاء بكلام الفضل بن سلمة بأن (افتراقا) للكلام و (تفرقا) للأبدان ونوزع فى ذلك وأجيب عنه . قال الشوكانى : لكن الحق حمل كلام الفضل المذكور على الاستعمال بالحقيقة ، وإن جرى استعمال أحدهما مكان الآخر اتساعا (٤) وكان من جواب المثبتين أن التفرق المجهول غاية للخيار وإزالة له إنما هو التفرق المؤدى إلى لزوم العقد ، وهو التفرق بالأبدان ، ولا يصح أن يعتبر توافق الإيجاب والقبول تفرقا -

(١) القواعد ١٢٦ .

(٢) فى كتاب « السودة » فى أصول الفقه ، الذى ألّفه ابن تيمية وأبوه وجده فصلان تكلم فيها عن الإسماء المشتقة هل هى حقيقة بعد انقضاء المعنى المشتق ، وعنها حال الشروع فى الفعل قبل وجود ما يتناوله مطلق الاسم المشتق ، (الصفحات ٥٦٧ - ٥٦٩) .

(٣) نيل الأوطار ٢١٠/٥ .

(٤) نيل الأوطار ٢٠٩/٥ وسعالم السنن ١١٩/٣ .

بالقول فى دعواهم - لأن من أوجب فغرضه أن يقبل صاحبه ، فإذا قبل فهمى موافقة ولا تسمى مفارقة (١) .

وفى مجال الأخذ بالحديث أو تأويله بحمل التفرق على التفرق بالأقوال أورد المثبتون الدليل القاطع للخلاف وهو ما جاء فى بعض روايات حديث المتبايعين : رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « حتى يتفرقا من مكانها » أخرجهما البيهقي . وفى رواية ابن عمر نفسه : « ما لم يتفرقا وكانا جميعا » وفى رواية أخرى : « وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » فهذه الروايات واضحة بأن المراد بالتفرق : الافتراق بالأبدان (٢) .

قال الخطائى : لو حمل على التفرق بالأقوال لخلا عن الفائدة وسقط معناه وذلك « ان العلم محيط بأن المشتري ما لم يوجد منه قبول البيع فهو بالخيار ، وكذلك البائع خياره ثابت فى ملكه قبل أن يعقد البيع . وهذا من العلم العام الذى قد استقرىانه من باب أن الناس مخلّون وأملأهم ولا يُكرهون على إخراجها من أيديهم ولا تملك عليهم إلا بطيب أنفسهم (٣) .

وأيد المثبتون حملهم التفرق على التفرق بالبدن بآثار الصحابة المروية عن ابن عمر وأبى برزة . قال ابن حجر : ولا يخالف لهم .

ويلحظ فى تأويل نفاة خيار المجلس لكلمتي (المتبايعين) و (التفرق) أنه لا بد من الأخذ بالتأويلين معا ، إذ لو اقتصر على أحدهما كحمل الفرقة على الأقوال فقط لم يتوصل إلى النفي لأن معنى الحديث يخل اذ لو كانت الفرقة بالأقوال لم يكن له خيار بعد البيع - والحديث يثبت - وقد حملوه على خيار القبول والرجوع وهما قبل انبرام البيع فكان لا بد مع ذلك من حمل المتبايعين

(١) المجموع ٢٠٠/٩ .

(٢) نيل الاوطار ٢٠٩/٥ .

(٣) معالم السنن ١١٩/٣ - ١٢٠ .

على (المتساومين) . ومن هنا قال البيضاوى : من نفى خيار المجلس ارتكب مجازين لحمله (انتفرق) على الأقوال و (المتبايعين) على المتساومين ^(١١) .

ولم يقتصر الاختلاف فى معنى التفرق على هذين الرأيين : التفرق بالأقوال كموجب للزوم العقد (وهو كما رأينا صرف الخيار إلى خيار الرجوع) ، والتفرق بالأبدان كموجب للزوم العقد (وهو اجراء للخيار فى خيار المجلس) .

بل هناك رأي ثالث ذهب إليه أبو يوسف ، وعيسى بن ابان من أصحاب محمد بن الحسن ، والطحاوى . ومفاده أن التفرق المذكور فى الحديث هو التفرق بالأبدان لكن ليس لايحاج لزوم العقد كما قال مثبتو خيار المجلس ، بل هو حد لا ممتنع لحاق القبول بالايحاج : فإذا صدر من البائع الايحاج فلمخاطب . بذلك القول أن يقبل ما لم يفارق صاحبه ، فإذا افترقا لم يكن له بعد ذلك أن يقبل . قال : ولولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما يقطع المخاطب عن القبول ، فلما جاء هذا الحديث علمنا أن افتراق أبدانها بعد مخاطبة بالبيع يقطع القبول . وذكر ابن أبى ليلى فى ترجيح مذهبه هذا على سواه أن الفرقة التى اتفقوا عليها هى الفرقة فى الصرف وهى يجب بها فساد العقد المتقدم ولا يجب بها صلاحه ، فهذه الفرقة هنا ان جعلناها لقطع التحاق القبول بالايحاج كانت لفساد ما تقدم من عقد ، فلها أصل متفق عليه بخلاف ما سواها من تفسيرات . قال العيني فى شرح معانى الآثار للطحاوى : « وهذا التفسير مروي أيضا عن أبى يوسف ^(١٢) » . ولما كان حمل الحديث المثلث

(١١) نيل الأوطار ٢١٠/٥ .

(١٢) التعليق المجد على موطأ محمد ، للكثيرى ص ٣٤٠ ملخصا عن نخب الافكار فى تنقيح مباني الآثار للنسبى وهذا النص أيضا فى عقود الجواهر المثبته ٧/٢ متقولا من كتاب الحجة لعيسى بن ابان وقد اختاره الامام الطحاوى (مختصر الطحاوى ٧٤) ومال إليه السنهورى (مصادر الحق ٩٣/٢) ولا ينبغي أن تلاقى تفسير وآخر لا يصلح مرجحا إذا ما المانع من أن يكون التفسير المستأنس به واردا على سبيل الاستثناء أو الخصوص والاجماع إنما ورد فى معنى الفرقة فى الصرف لا فى غيره . والفرقة فى الصرف كانت مفسدة للنص على معناها بخصوصها باشتراط التقابض فى المجلس .

لخيار المجلس على أنه لبيان وقت انقطاع خيارَي الرجوع والقبول يتعارض مع ما في بعض رواياته من ذكر التخايير : « أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » استلزم تأويلُ الحديث المشار إليه الارداًفُ بتأويل تلك الرواية بحملها على أنها لتحويل الموجب بعد صدور إيجابه أن يستعجل صاحبه بالبت في اختيار الإيجاب أو رفضه ^(١) .

وليس من الميسور منح هذا التأويل صفة السلامة من التكلف إذا ما روعيت روايات الحديث الأخرى التي تصرح بأن المراد من عبارة : اختر هو الاختيار بعد الإيجاب والقبول وهو الذي يتبادر إلى الأذهان . . ^(٢) .

ومناسبة الكلام عن التفرق والتخايير وقع التنازع الاستدلالي لأثر ابن عمر المتضمن أنه كان يقوم إذا أراد أن يلزم البيع ، وكيف يفعل ذلك مع ما في إحدى روايات حديث (المتبايعان بالخيار) من قوله عليه الصلاة والسلام « ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله » فقد استند إليه منكرو خيار المجلس من حيث إن الحاجة إلى الاستقالة إنما تتحقق إذا كان العقد لازماً ، فلولم يكن العقد لازماً لما احتاج إلى الاستقالة (طلب الاقالة) ولا قرّ خشية طلبها منه . . وهذا الخوف من طلب الاقالة يكون قبل التفرق فدل على أن العقد لازم قبله فلا بقاء لخيار المجلس ^(٣) . وجواب المثبتين عن هذه الرواية : أنها دليل لاثبات خيار المجلس - كما هو صنيع الترمذى في سننه حيث أوردها دليلاً للاحتجاج لخيار المجلس ^(٤) ، لأن معنى الحديث : مخافة أن يختار العاقد الآخر الفسخ ، فعبر بالاقالة عن (الفسخ) ، ودليل ذلك أمران :

(١) فتح القدير ٧٨/٥ .

(٢) الروض النضر للسياغى ٥١٧/٣ وفيه وفي نصب الرأية نماذج من تلك الروايات الموضحة للمراد من (اختر) .

(٣) المجموع ١٨٧/٩ معالم السنن ١٢٢٣ نيل الأوطار ٢١٠/٥ الروض النضر ١٦٦/٣

(٤) سنن الترمذى .

الأمر الأول : انه عليه الصلاة والسلام أثبت لكل واحد منها الخيار ما لم يتفرقا ثم ذكر الاقالة في المجلس ، ومن له الخيار لا يحتاج إلى الاقالة فدل أن المراد بها (الفسخ) .

الأمر الثاني : لو كان المراد حقيقة الاقالة لا يمنعه منها المفارقة ، لأن الاقالة لا تختص بالمجلس^(١) . . قال الخطابي : والاستقالة قبل المفارقة وبعدها سواء ، لا تأثير لعدم الفرق بالأبدان فيها^(٢) .

المبحث الثاني مناقشة أدلة النفي

لقد رأينا في معرض أدلة الاثبات كثيرا من حججهم التي درؤوا بها استدلالات النفاة ، وكان البدء بمناقشة أدلة الاثبات لاقتضاء المقام لذكر ردودهم على النفاة في ثنايا الكلام ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى كان همُّ منكري خيار المجلس الفتح والتنقيب عما يسند مذهبهم ، سواء كان ذلك بصرف أدلة الاثبات (أو تصيدها أحيانا) أو إثارة الشبه من حولها ، في حين كان مع مثبتي الخيار أدلة قوية أراحهم من عناء النقد المفصل للحجج التي استند إليها النفاة .

ومما لم يتظمه ما سبق من مناقشات : جواب المثبتين عن الاحتجاج من النفاة بآيات العقد التي وردت مطلقة عن قيد التفرق عن المجلس ، كآية (تجارة عن تراض) ونحوها وأحاديث (من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه - والمسلمون على شروطهم - وحديث التحالف) فقد قيل في هذا كله : ان هذه النصوص لا تعدو أن تكون نصوصا عامة خصصتها أحاديث الإثبات^(٣) .

(١) المجموع للنووي ١٨٧/٩ .

(٢) معالم السنن ١٢٢/٣ .

(٣) المجموع ٢٠٠/٩ .

أما آية الوفاء بالعقود فإن المقصود العقد المستكمل وجوده الملزم للعاقدين شرعا ، فكما عرفنا من الشارع وجوب الوفاء بالعقد عرفنا منه متى ذلك ، وهو ما بعد تفرق المتبايعين وذلك حيث يتحقق كمال الرضا ويتقطع التردد ، فاعتبار خيار المجلس - على هذا - لا يتنافى هذا النص وأمثاله ، كآية الإشهاد عند التبائع ^(١) .

وأما قياس العقود القابلة للخيار على النكاح والخلع والكتابة والرهن ، فقد أجب عن ذلك بأنه قياس فى مورد النص ، ثم هو قياس مع الفارق ، لأن البيع معاوضة محضة ، فى حين أن المعاوضة فى تلك التصرفات غير محضة ، لأنها ليس المقصود منها المال ، ولذا لا تفسد بفساد العوض ، بخلاف البيع ونحوه ^(٢) .

ثم ان اسم البيع لا يتناول النكاح ، والخيار ورد فى البيع . وكذلك الأمر بالنسبة للعقود الأخرى التى قاسوا البيع عليها فان اسم البيع لا يتناولها ^(٣) فإن البيع ينقل ملك رقة المبيع ومنفعته بخلاف ما ذكر . وقياسهم ما قبل التفرق على ما بعده قياس فاسد لمصادمة النص ^(٤) .

أما اشتغال الخيار على الجهالة المانعة ، فالجواب ان هذه جهالة وردت فى خيار ثابت شرعا فدل على أنها ليست من الجهالة الممنوعة لأن العلم بوجودها الشرعى كافٍ لتخفيف وطأتها .

وأما جهالة زمن الخيار فهى كذلك التى يشتمل عليها خيار العيب لثبوته على التراخى ، وكالتملك بالشفعة ، ولو كان الموضوع خيارا ثابتا بالشرط لمنعت الجهالة فيه ، لأن الخيار حينئذ يتعلق بشرطها فيشترط أن يجرى بيان زمن الخيار ^(٥) .

(١) فتح القدير ٨١/٥ .

(٢) المجموع ٢٠١/٩ .

(٣) نهاية المحتاج بحاشية الشيرازى ٧/٤ ومعنى المحتاج ٤٤/٢ .

(٤) نيل الأوطار ٢١٠/٥ - ٢١١ .

(٥) المجموع ٢٠١/٩ .

المبحث الثالث

الترجيح بين الأدلة

وفى سبيل الترجيح بين هذين الموقفين المتضادين اثباتا ونفيا يبدو للمتأمل أن أدلة القائلين بخيار المجلس هي من حيث الورود قاطعة لثبوتها فى كتب الحديث المعتمدة لدى الطرفين ، بل ان نفاة خيار المجلس أنفسهم رَووا الحديث من طرق لاشائبة فيها .

وتلك الأدلة هي من حيث الدلالة فى غاية الوضوح. أمّا التأويلات التى صرف بها النفاة أحاديث خيار المجلس إلى معانيّ أخرى فإن بعضها بدهى لا يحتاج إلى نص ، كخيار الرجوع عند التعاقد ، وبعضها واهٍ كجعل الخيار للاستحباب أو ادعاء النسخ ، وقد قُتد المحققون من العلماء المتقدمين ومن بعدهم تلك المحاولات بحيث تبين أن تلك التأويلات لا تستحق الوجهة والاعتبار فلم يبق للحديث الوارد فى خيار المتبايعين إلّا ذلك المعنى القائم على أنه لإثبات خيار المجلس ، وليست تلك التأويلات صالحة لتخلف أثره بحيث لا تترتب عليه دلالة . وقد رأينا فى المناقشات السابقة بيان ذلك مفصلا .

وما أورده النفاة من معارضة الحديث لظواهر بعض النصوص الشرعية كآيات الثلاث المذكورة آنفاً ، والأحاديث السابقة، جوابهم أنه ليس فى ذلك معارضة فى الواقع، لأن المعارضة لا تتم إلّا بتعذر الجمع ، والجمع هنا ممكن، لأنها جميعها نصوص عامة ، وحديث المتبايعين نص خاص فيبنى العام على الخاص (١) .

أما النواحي التطبيقية التى أثّرت على القول بثبوتة، مثل خطره على استقرار التعامل - كما قيل - (٢) للتطرق من هذا إلى قضية مخالفة حديثه

(١) نيل الأوطار ٢١٠/٥ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، للسنبورى ٣٨/٢ .

للقواعد العامة في الشريعة التي تمنح العقود قوتها الازامية . فلدى التأمل يتبين أنه ليس في ثبوت خيار المجلس أى وهن يطرأ على قوة العقد الملزمة ، لأن تقرير الشارع لخيار المجلس معناه : مد فترة التعاقد بالحاق الزمن الباقي من مجلس العقد بفترة التعاقد التي اتفق على أن لها فيها خيار الرجوع والقبول (خيار رجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يتصل به قبول الآخر، وخيار الآخر في قبول التعاقد - بعد صدور الإيجاب - أو رده) .

بل إن الوهن إن تصور فهو في الخيارات الأخرى أوضح منه ها هنا ، لا سيما إذا لوحظ أن الشارع أعطى كلاً من المتعاقدين - بعدما مد لها فترة التعاقد - ميكنة قطع ذلك الزمن والاقتصار على الفترة التي استغرقها التعاقد فعلاً ، وذلك لا يحتاج من أحد العاقدين إلا إلى التخير للآخر وهو مطالبته باختيار امضاء العقد أو فسخه ، فإذا اختار أحدهما كان خيار المجلس عديم الأثر ، كما أن لها اسقاطه قبل التعاقد - على بعض الآراء الفقهية - بعوض وبدونه . كما أن من وسائل التخلص منه لمن يرغب ذلك من المتعاقدين مفارقة المجلس كما ورد من صنيع ابن عمر كلما أراد أن يلزم العقد له (١) .

وقد تناول هذه النقطة بالبحث عدد ممن تعرض لخيار المجلس بين ناقد ومدافع ، وكان الدفاع قائماً على أساس التنصل من خيار المجلس وذلك بالاعتذار عن وجوده في الفقه الاسلامي بأنه مختلف فيه بين المذاهب ، وأنه انفرد بالقول به الشافعية والحنابلة والامامية (٢) أو أن هذا الخيار لم يعد

(١) ويقول الشافعي في الأم في التحدث عن تعليق اللزوم في خيار المجلس على التفرق : « ولعل ذلك يكون في طريقة عين ، أو لا يبلغ يوماً كاملاً لحاجة الناس إلى الوضوء أو تفرقهم للصلاة وغير ذلك ، فقبضته ، وجعلت له الخيار ثلاثين سنة برأي نفسك فلم تقبضه ! قال : ذلك بشرطها ، قلت : فن شرط له رسول الله ﷺ أولى أن يثبت له شرطه من شرط له يائع ومشترا ! » ٨/٣ .

(٢) التعبير عن الإرادة ، للدكتور وحيد الدين سواريف (١٨/٢) وقد ذكر له مبرراً آخر في المذهب الشافعي هو عدم اشتراطه سماع كل من العاقلين كلام الآخر (ف/١٢٧) منه .

مطبقاً في البلاد الإسلامية ^(١) أو أن خيار المجلس يضعف قوة العقد ويزعزع إزمه ويهدر حرمة ^(٢) وبالرغم من أن معظم الذاهيين إلى ذلك لم يقصدوا إلا الحفاظ على القوة الإلزامية للعقد ، لكن ما قصدوه يضيع على العاقد وجهها من وجوه الرفق بالعاقد والتيسير عليه ، وهو مبدأ تتسم الشريعة به ، ولا بد من الجمع بين النصوص في ضوء الأصول بمراعاة العام والخاص ، وثبت خيار المجلس مستند إلى نص خاص ولزوم العقد مبدأ عام يخص منه خيار المجلس ويبقى العام على عمومه فيما وراء تلك الحالة .

على أن العقد لا يسوغ التطلع إلى صلابته واستعصائه عن الإهدار إلا بعد استكمال الشروط التي تمنحه اللزوم وأهمها الخلو من الخيار ^(٣) ، وهذه الشرطة قال بها منكر وخيار المجلس أيضاً للاحتراز من عقد رافق وجوده خيار الشرط . . فإذا كان الشرع قد أرجأ هذا اللزوم إلى ما بعد التفرق أو التأخير فلا بد من مراعاة ذلك بالكف عن التطلع إلى ما ليس له ، ففانقذ الشيء (بالطبيعة) لا يعطيه ، ولا يلام على مخالفة ما طبع عليه فإذا ما استكمل العقد طابع اللزوم عن طريق إسقاط المتعاقدين لخيار المجلس بالتفرق أو التأخير فإن هذا العقد سيفقد أقوى مما يراد منه ، ذلك أن انبرامه تمخض عن تمام الرضا وحصول الروية وإيمان النظر .

قال اللكنوى من متأخري الحنفية : « ولعل المنصف غير المتعصب يستيقن - بعد إحاطة الكلام من الجوانب في هذا البحث - والمتأمل فيما ذكرنا وما نذكر كون أقوى الأقوال هو ما فهمه الصحابي الجليلان (يعني ابن عمر وأبا بزة) . يقصد قولهما بخيار المجلس إلى التفرق بالابدان ليتلوه لزوم العقد . ^(٤) »

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا (٩٦/١) وقد ذكر أن القضاء في جميع البلاد الإسلامية اليوم يجري على عم الأخذ بخيار المجلس . وهذا الإطلاق غير مسلم ، فالقانون الإيراني قد اعترف به متأثراً بالملب الامامي وذلك في المادة ٣٩٧ (التبوير عن الإرادة ص ٥٩٩) .

(٢) مصادر الحق ، للسهروري ٣٨/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ١٧٤/٥ .

(٤) التطبيق المجمع ، للكنوى ص ٣٤٠ .

لهذا كله لا مناص من ترجيح مذهب الاثبات لخيار المجلس ، واعتبار
اللزوم مستأخرا عن العقد إلى حصول التفرق أو التأخير .

الفرع الخامس

زمن الخيار وأمه

المبحث الأول

زمن ثبوت الخيار

الزمن الذى يثبت فيه خيار المجلس هو الفترة التى أولها لحظة انبرام
العقد ، أى بعد صدور القبول موافقا للايجاب ، وبعبارة أخرى لما شأنها فى
المناقشات بين مثبتى هذا الخيار ونفاته : يثبت بعد التفرق بالأقوال ، وهو
الذى اختلف فى ثبوت الخيار عنده . أما قبل التفرق بالأقوال فالخيار ثابت
اجماعا لكنه ليس خيار المجلس ، بل خيار القبول الذى سبقت الإشارة إليه .

المبحث الثانى

أمد الخيار

أمد خيار المجلس لا يمكن تحديده ، لأنه موكول لإرادة كل من
المتعاقدين ، فيطول برغبتها فى زيادة التوى ، ويقصر بإرادة المستعجل منها
حين يخير صاحبه أو يفارقه فهو يخالف فى هذا خيار الشرط القائم على تعيين
الأمد بصورة محددة . فاتهاء الخيار على هذا غير منضبط لارتباطه بأحد
أمرين : التفرق أو التأخير وكلاهما غير معروف زمن حصوله .

ولكن هناك وجهها فى المذهب الشافعى ، وصفه النووى بأنه
ضعيف ، مفاده أن لخيار المجلس أمداً أقصى هو ثلاثة أيام كيلا يزيد عن خيار
الشرط .

وهناك وجه ثالث أن من مسقطاته شروع أحد المتعاقدين في أمر آخر وإعراضه عما يتعلق بالعقد مع طول الفصل . فهذا المسقط يقصر من أجل الخيار أكثر من التفرق أو التخاير . لأنه يحصره في حالة التعاقد الجادة وهي برهة يسيرة . والراجح هو الوجه الأول القائل بأنه ثابت حتى التفرق أو التخاير ^(١) .

وبالرغم من أن الوجه الثاني ضعيف حسب أصول المذهب فإنه يشتمل على تعديل للغرابة التي تثور إذا طال مجلس العقد أياما ، كما في بعض الصور النادرة ، أو إذا كان المتبايعان في سفينة صغيرة - ولها حكم الدار الصغيرة عندهم فالتفرق فيها يكون بمغادرتها فإذا ظلّا في البحر أياما ففي هذا القول - وجهه - متنفس ومدفع للإيرادات من الآخرين الذين نفوا خيار المجلس .

ولا غنى في هذا المجال من الإشارة إلى وجه حكاة الروياني عن عبيد الله بن الحسن العنبري بأن خيار المجلس بالنسبة لمن يقومان من مجلسهما ويتأشيان ينقطع بمجرد مفارقة مجلس التعاقد الذي كانا فيه وأصل المذهب أنهما على خيارهما ماداما معا ^(٢) فهذا - وإن كان فيها خاصا متصلا بمعنى المجلس وحده التفرق - يصلح لتحديد الأجل الذي ينتهي به الخيار .

وهناك مسألة تركي هذا القول ، لكنها بحكم التعليق، وهي ما لو كان المشتري هو البائع أيضا ، مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده الصغير أو يشتري لولده من مال نفسه ، لا يثبت فيه خيار المجلس ، بتوليّه طرفي العقد (كالشفيع) ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه ، لأن الاقتراق لا يمكن ما هنا لكون البائع هو المشتري ^(٣) .

(١) المجموع ١٨٠/٩ .

(٢) المجموع ١٨٨/٩ .

(٣) المفتى ٤٨٤/٣ مفتى الحاج ٤٥/٢ .

الفرع السادس

اتهاء الخيار

تمهيد :

أسباب اتهاء الخيار منحصرة فى التفرق ، والتخاير (اختيار امضاء العقد) وهناك سبب ثالث ىتهى به الخيار تبعا لاتهاء العقد أصلا وهو فسخ العقد، ذلك أن الفسخ هو الذى شرع خيار المجلس لاتهائه ، لكنه يأتى على العقد وما بني عليه . وكذلك يسقط الخيار بالتصرف فى المبيع ، وبالموت ، على خلاف بين المذاهب القائلة بخيار المجلس .

فإذا وقع سبب من أسباب اتهاء الخيار كالتفرق أو التصرف أو الموت أو امضاء للعقد بالتخاير أو سقط الخيار بسقوط العقد أصلا بطريق التخاير اعتبر الخيار معدوما وصار العقد لازما ما لم يكن ثمة سبب آخر يقتضى بقاءه غير لازم ، كخيار الشرط ، أو يقتضى انتقاله من اللزوم إلى الجواز كخيار العيب ونحوه (١) .

المبحث الأول

التفرق

ىتهى خيار المجلس بالتفرق ، وهو سبب متفق عليه بين الشافعية والحنابلة والامامية (٢) . ودليل اعتباره منهيًا حديث المتبايعين المثبت للخيار ، فقد استهل الحديث - على وجازته - بذكر قيام الخيار وولادته ، وأردف ببيان اتهائه وزواله ، بأن جعل التفرق غاية للخيار ونهاية له « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » أى إلى أن يتفرقا فيتتهى الخيار حينئذ .

(١) المفتى ٥١٨/٣ .

(٢) المجموع ١٨٠/٩ والمفتى ٥٠٧/٣ والروضة شرح اللمعة ٣٢٢/١ وتذكرة الفقهاء ٥١٧/١ ونهاية المحتاج

٨/٤ ومفتى المحتاج ٤٥/٢ والمكاسب ٢٢٢ .

حد التفرق :

التفرق من الأمور التي ربط الشارع مفهومها بالعرف ، وقد سبق الكلام عن جلاء هذه النقطة التي اتخذها بعض منكري هذا الخيار مانعا من الأخذ به فقالوا : ليس للتفرق حد معلوم. وقد كشف القموص عن هذه الحقيقة الامام الخطابي في عبارته السابق ذكرها، وتواردت على ذلك المعنى عبارات فقهاء المذاهب ، قال ابن قدامة «المرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعلونه عرفا»^(١) ونحوه عبارة النووي: «الرجوع في التفرق إلى العادة ، فمأخذه الناس تفرقا فهو تفرق ملزم للعقد ، وما لا فلا»^(٢) ، وقول الحلبي : «وحيث علق الشارع الحكم عليه - أى التفرق - ولم يبينه دل على حوالته على عرف الناس»^(٣).

فالشرح لم يبين صراحة كيف يكون التفرق ، وليس له حد لغة ، فيرجع فيه إلى العرف ، ويحمل على ما تعاهده الناس^(٤) كما هو الحال في أمور أخرى كالقبض والحرز ونحوهما .

وبالرغم من إحالة معنى التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم ، فقد اتفق الفقهاء القائلون بخيار المجلس على تفسير التفرق بأنه بالأبدان ، فناداما معا في مجلس العقد فهما على خيارهما مهما طال مكثهما^(٥) . يدل على ذلك رواية البيهقي : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا من مكانهما»^(٦) أى من مكانهما الواحد فيصير لهما مكانان . قال ابن حزم : هو أن يتفرقا بأبدانها من المكان الذى تعاقدوا فيه البيع ، وقال الأوزاعي : أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لا يراه^(٧) .

(١) المعنى ٤٨٤/٤ ويقول المجد بن تيمية : هو ما يعده الناس غراقا (المحرر ٢٦١/١)

(٢) المجموع ١٩٢/٩ ونحوه عبارة الحافظ ابن حجر التي ذكرها الشوكاني في نيل الاوطار ٢١١/٥ .

(٣) تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ .

(٤) معنى المحتاج ٤٥/٢ .

(٥) المجموع ١٨٠/٩ .

(٦) نهاية المحتاج ٨/٤ والحديث في سنن البيهقي ٢٦٩/٥ .

(٧) الظل ٣٥١/٨ م ١٤١٧ .

وإن تنبع روايات الحديث والآثار ، وخاصة أثر ابن عمر في العمل
بمخيار المجلس يوضح الغرض من لفظ (التفرق) بأنه تغيير حالة التعاقد من
القيود إلى القيام « قام ليجب له البيع » أو من القيام إلى المشى « مشى هنية
ثم رجع » فهو إذا : الانصراف عن حالة التعاقد بمفارقة صاحبه . .

ولا يكفي لحصول التفرق مجرد مفارقة مجلس العقد ، بل لابد من
افتراق العاقلين عن بعضهما ، وذلك بأن يتجافى كل منهما عن صاحبه ، أو
ينتقل أحدهما عن مكان العقد ولو بقي فيه الآخر ^(١) ، لأن تلك المفارقة من
أحدهما للمجلس مع عدم متابعة العاقد الآخر له ولحاقه به يتحقق بها زوال
المجلس الواحد الذي كان يضمهما معا ، فلم يعد بمجلس العقد ، وهو دليل على
رغبتهما في انتهاء الخيار والعزم على إبرام العقد ليعتدوا لازما . ولولا ذلك لظل
الأول في مجلس العقد ملازما لصاحبه ، أو لتبعه الآخر ولم يدع وحدة المجلس
تفصم ، لأن المجلس هو المجال للمذاكرة في العقد المبدوء به ^(٢) .

والتفرق عبارة عن تصرف مادي لا يحتاج إلى نية من القائم به ولا إلى
علم بأثره على العقد ، فلو تفرقا دون قصد أو علم بالأثر المترتب عليه لزم
العقد ، لأن الدليل الشرعي علق الخيار على مطلق التفرق وقد وجد ^(٣) .
هذا ما صرح به الحنابلة ، وكذلك الشافعية إذ نصوا على أنه لو فارق أحدهما
صاحبه ناسيا أو جاهلا سقط الخيار ^(٤) .

من تطبيقات التفرق :

ذكر الفقهاء صوراً واضحة للتفرق حيث يأوى أحد العاقلين إلى
مكان والآخر إلى غيره ، وسيأتي بيانها ، أما لو كانا في مكان واحد ،

(١) المجموع ١٨٨/٩ ومعنى المحتاج ٤٥/٢ وفيه الإشارة إلى استثناء بحكم التعذر وهو ما لو باع الأب لابنه الصغير
أو اشترى منه فإن مفارقة الأب للمجلس تسقط الخيار لأنه شخص واحد أقيم مقام اثنين .

(٢) حكى الروياني عن العنبري أنه قال : ينقطع بمفارقة مجلسها وإن كانا معا (المجموع ١٨٨/٩) .

(٣) المتن ٥٠٦/٣ .

(٤) معنى المحتاج ٤٥٢ ونهاية المحتاج ٨/٤ .

كالسوق القائم على صورة ساحة للتبايع ، أو الصحراء ، أو الطريق (وألحقوا بذلك الدار المتفاحشة السعة) فكيف يحصل التفرق ؟

السوق ، ونحوه : يكون التفرق بمجرد تولية أحدهما ظهره للآخر والمشي قليلا ولو لم يبعد عن سماع خطاب صاحبه ، والمراد بالمشي القليل ما تكون مسافته قدر ما بين الصفيين في الصلاة (أى ثلاثة أذرع شرعية) وهذا على الصحيح من مذهب الشافعية ، وزاد الاصطخري منهم شريطة أن يبعد عن صاحبه بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع صوت لم يسمع كلامه . وهناك وجه أن مجرد تولية الظهر تكفي ، وهذا الوجه بالرغم من نقله عن ظاهر نص الشافعي هو مؤول بهذا المراد . والمذهب كما قال النووي : أن يحد التفرق بتولية الظهر والمشي قليلا ^(١) . وقد ضبطه الامامية بأنه أقل انتقال ولو خطوة . وفي بعض نصوصهم أن يكون الفارق بين العاقلين مقدار ما بين الصفيين . أما الحنابلة فلم يفرقوا في حده ما يشبه الآراء التي للشافعية ، بل مثلها ، وقد ظهر من صنيع بعض الكتب اشتراط أن يتعد عنه بحيث لا يسمع كلامه ، لكن ذكر البهوتي أنه لا يعتبر ذلك على ما قطع به ابن عقيل وقدمه في المغنى والشرح والمبدع وصححه في شرح المنتهى ^(٢) .

هذه هي الصورة المجردة للتفرق ، وهي تجري في السوق أو الصحراء والأماكن غير المحصورة . وقد ذكر الفقهاء أهم التطبيقات العملية للتفرق بحسب أماكن العقد الأخرى كالدار والسفينة :

فالدَّار : إذا كانت صغيرة فالتفرق يحصل بمجرد الخروج أحدهما منها أو صعوده السطح . أما الكبيرة فيكفي لحصوله الخروج إلى صحنها أو من الصحن إلى بيت أو صُفَّة (المسطبة العالية) أو من بيت إلى آخر . وهذا الحكم فيه من الغرابة ما لا ينبغي فالتفرقة بين الدار صغيرا وكبرا هي في عدد الغرف والمرافق .

(١) المجموع ١٩٢/٩ مقنن المحتاج ٤٥/٢ نهاية الفتاوى ١٠/٤

(٢) تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ والمغنى ٤٨٤/٣ م ٢٧٥٤ كشف القناع ٢٠١/٣ .

والسفينة : إذا كانت صغيرة ، وهى التى تنجر بحره ولو مع غيره عادة فالتفرق هو الخروج منها إلى اليابسة . أما الكبيرة فيصعد أحدهما إلى أعلاها (الطبقة الفوقانية) ونزول الآخر إلى أسفلها (١) .

التفرق فى التعاقد بالكتابة :

من المقرر صحة التعاقد بالكتابة (بشروطها) ومنها : أن يتم القبول من المكتوب إليه حال الاطلاع ، ليقترن القبول بالایجاب بقدر الامكان . فإذا قبل فله الخيار ما دام فى مجلس قبوله . أما الكاتب فيثبت له الخيار ممتدا إلى أن ينقطع خيار صاحبه ومن الواضح أن هذا الخيار بعضه خيار سابق للعقد وهو خيار الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الآخر ، وبعضه خيار مجلس ، فلو رجع الكاتب عن إيجابه وعلم أن رجوعه كان قبل مفارقة المكتوب إليه بمجلسه صح رجوعه ولم يستمر البيع . (وقد ذكروا أنه إن كتب بذلك لحاضر صح على المتمد) (٢) .

ثم رأيت تصرّحهم بأنه قبل بلوغ الخبر للمكتوب إليه لا عبرة بمفارقة الكاتب مجلسه ، لأنه إلى الآن لم يحصل العقد ، ولا خيار الأ بعد العقد فلا يعتبر التفرق الأ بعده ، فإذا بلغه الخبر اعتبر فى حقه مجلس بلوغ الخبر ، وفى حق الكاتب يمتد خياره إلى مفارقة المجلس الذى يكون فيه عند وصول الخبر للمكتوب إليه ، حتى إذا فارقه بطل خيارهما (٣) .

(١) المجموع ١٨٠/٩ المغنى ٥٠٦/٣ معنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ١٠/٤ تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ .

(٢) معنى المحتاج ٥/٢ ونهاية المحتاج ٣٨٠/٣ .

(٣) حاشية الجمل على شرح المنهج (١٠٧٣) ملخصا فيه من الرولى والشيراملى وابن قاسم . . ونهاية المحتاج بحاشية الشيراملى ٨/٤ .

التفرق والتعاقد بالتنادى عن بعد :

بعد أن تعرضنا للتعاقد بالكتابة - أرى أن أشير إلى صورة ذكرها بعض الفقهاء وهى فى زمانهم تعد من المسائل النادرة ، لكنها اليوم أساس لما يسترته المدينة الحديثة من وسائل الانتقال التى يخاطب فيها المرء صاحبه فيسمعه من فوره وليس أحدهما بالقرب من الآخر (بل لا يراه أصلاً) تلك الصورة : ما لو تناديا بالبيع عن بعد ، فقد صرح الشافعية بأنه ثبت لهما خيار المجلس ، ويمتد ما لم يفارق أحدهما مكانه ، فان فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عدّ تفارقاً بطل خيارهما جميعاً (ولم يقبل قول ابن الرفعة بأن هذا إذا لم يكن فى مفارقتة مكانه يقصد جهة الآخر)^(١) .

وقد يخال أن هناك مانعاً جوهرياً من تطبيق هذه المسألة على التعاقد بالهاتف وهو أن فى التعاقد بالتنادى يرى أحدهما مغادرة الآخر لمكانه فيعلم بقاء المجلس أو زواله ليفسخ قبل زواله إن شاء ، وذلك متعذر علمه الآن فى التعاقد بالهاتف ونحوه كاللاسلكى .

لكنه فى الحقيقة ليس بمانع من ثبوت الحكم ، بل هو مانع حسى لفقدان العلم ، يرجع فيه إلى حصول العلم بالخبر وإثبات ذلك فان ادعى المتعاقد القابل أنه فسخ العقد بمقتضى خيار المجلس ، وذلك قبل أن يفادر مكان قبوله العقد اعتبر فسخه . ونظير ذلك من مسألة الكتابة ففيها ان رجع الموجب عن العقد قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ولم يستمر البيع^(٢) .

التفرق بالاكراه ، ونحوه :

أما حصول التفرق بالاكراه ، بأن حمل أحد العاقدين فأخرج من المجلس مكرهاً بغير حق^(٣) ، فلا يتقطع به الخيار اتفاقاً بين مشتي

(١) معنى المحتاج ٤٥/٢ حاشية الجبل على شرح المنهج ١٠٧/٣ المجموع ١٨١/٩ تذكرة الفقهاء ١ ٥١٧ .

(٢) معنى المحتاج ٥/٢ .

(٣) احترازاً من الاكراه بحق كأن يعقد فى محل مقصوب ثم يفرجه المالك منه فيقطع خياره. حاشية الجبل على شرح المنهج ١٠٧/٣ .

خيارالمجلس^(١) لأنه لم يفعل شيئاً . ومثله اكراهه على الخروج - دون حمل - وذلك لأن الاكراه على الفعل كلا فعل .

ولا يقال بأنه لو أكرهه ولم يسدفه عن النطق أمكنه الفسخ ، لأنه بالاكراه على المفارقة حرمة من امتداد الخيار . وسكوته عن الفسخ لا يقطع الخيار .

هذا عن المكره أما صاحبه فإن لم يخرج معه انقطع خياره ، إلا أن منع من الخروج معه .

ولم يسو بين النامى والجاهل وبين المكره - كما يجرى فى أبواب كثيرة - لنسبة الأولين إلى التقصير ، بخلاف المكره .

ثم ان فارق الاكراه وكان فى مجلسه فله الخيار فيه حتى يفارقه ، وإن كان مارا فحتى يفارق مكانه الذى زال عنه الاكراه فيه .

وأبدى ابن قدامة احتمال بطلان خيار المكره ، لوجود غايته وهو التفرق ومحل هذا الاحتمال إذا كان المكره قادرا على الكلام - فتمكنه من الفسخ وكفه عنه - وقال القاضى لا ينقطع ، لأنه علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه ويبقى له الخيار فى المجلس الذى يزول عنه الاكراه فيه حتى يفارقه .

أما خيار غير المكره فينقطع إن لم يتبعه . ومن صور الاكراه ما لورأيا سبعا أو ظلما خشياه فهرها^(٢) .

صور أخرى نادرة : كإقامة حائل بين المتعاقدين بإرخاء ستر أو إقامة حاجز أو جدار كما مثلوا ، فذلك لا يعتبر تفرقا . وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين أن يقيا هذا الحائل أو يقام بأمرهما على ما صححوه وإن جزم الغزالي وآخرون

(١) معنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ٩/٤ المجموع ١٨١/٩ ط ١ الروضة البهية ٣٢٢٨ والمكاسب ٢٢٣ .

(٢) المعنى ٤٨٤/٣ م ٢٧٥٤ والقواعد والقوائد الأصولية لابن اللحام ص ٤٣ .

بحصول التفرق ، وحجة من لم يعتبره أن المجلس باق وأن هذا تفرق بالمكان لا بالأبدان .

ومن تلك الصور : الحرب ، فإن هرب أحدهما مختارا ، لا بسبب سبع أو نار ، ولم يتبعه الآخر يظل خياره بعد أن بطل خيار الهارب لأنه فارق مختارا ، حتى لو لم يتمكن العاقد الآخر من اتباع الهارب لتمكنه من الفسخ بالقول . ولابد في اللحاق من حصوله قبل انتهائه إلى مسافة يحصل بمثلها المفارقة عادة ، وضبطه القاضي بفوق ما بين الصنفين ^(١) .

صور بديلة للتفرق :

قد يتأخر التفرق عن المجلس - في الصور النادرة - فهل يتعين حصوله ، أم يغني عنه أمور أخرى مشابهة . للشافعية المبتين للخيار في المراد بالتفرق ثلاثة أوجه ، أحدها (وهو الصحيح الذي قطع به جمهورهم) أن المراد التفرق بأبدانها وأنها على خيارها ان أقاما بالمجلس مدة متطاولة أو قاما وتماشيا مراحل .

أما الوجهان الآخران فلا يخلوان من وجهة وإن حكم الامام النووي بعدما صحح الوجه السابق بضعف أحدهما واقتصر في الآخر على حكايته ، أحدهما : انه هو التفرق بالأبدان لكنه محدود بأن لا يزيد عن ثلاثة أيام ، لثلا يزيد عن خيار الشرط ، حكاها القاضي حسين وامام الحرمين والغزالي وآخرون من الحراسانيين . والثاني : انها لو لم يتفرقا لكنها شرعا في أمر آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيار ولو لم يتفرقا حكاها الرافعي ^(٢) .

(١) المجموع ١٨٠/٩ المنق ٥٠٥/٣ - ٥٠٦ مغنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ٩٤/٤ - ١٠ حاشية الجبل على شرح المنق ١٠٧/٣ .

(٢) المجموع شرح المهذب ١٩٢/٩ ونحوه للامامية . الروضة البية ٣٢٢/١ .

هذا ، وإن التعويل على العرف في تحقيق التفرق يدع المجال مفتوحا لتخفيف ما يجاذر من أن يكون خيار المجلس عبثة في سبيل استقرار التعامل ، كما أوهموا وزعموا ، كما أن العرف بما فيه من مرونة وتعدد إلى عرف عام وخاص هو الحكم في صور حديثة للتبائع بالتعاطى دون إيجاب وقبول صريحين ، فالمرجع في ذلك وأمثاله إلى العرف والعادة .

المبحث الثانى

التخاير

المطلب الأول

اختيار لزوم العقد

من أسباب انتهاء خيار المجلس اختيار لزوم العقد ، على أن يحصل ذلك من العاقدین كليهما ، فيسقط به الخيار ، وسييله أن يقول : اخترنا لزوم العقد ، أو أمضيناه ، أو ألزمناه ، أو أجزناه . واجتماعهما على اختيار اللزوم يسمى : التخاير ^(١) ، وله نظير الأثر الذى يحدث بالتفرق .

وغالبا ما يكون اختيار اللزوم بطلب أحدهما ، وهذا ما يسمى التخير ، وقد أشار إليه الحديث بعارة : « أو ينخير أحدهما صاحبه » وهو أن يقول له : اختر لزوم العقد ، أو اختر العقد . وإن هذا الطلب يعتبر اختيارا من الطالب للعقد وسقوطا لخياره هو ، أما الآخر فإن أجاب صاحبه إلى اختيار امضاء العقد صار العقد لازما ، أما إن اختار فسخ العقد ، فإنه ينفسخ وهو من أسباب الإنهاء أيضا وسيأتى ^(٢) .

(١) ومن صور اختيار اللزوم أن يقول : تخايرنا العقد لا سيأتى بعد أسطر من أن طلب التخاير من أحدهما يسقط خياره فحصله منها كذلك ..

(٢) المجموع / ١٩٠ / ٣ شرح النج ١٠٦ / ٣ المئى ٤٨٦ / ٣ م ٢٧٥٧ الروضة شرح اللعة ١ / ٣٢٢ تذكره الفقهاء ١ / ٥١٧ .

الخلاف في التخايير :

إذا كان انتهاء خيار المجلس بالتفرق موضع اتفاق لدى القائلين بذلك الخيار (وهم الشافعية والحنابلة والامامية) فإن في انتهائه بالسبب الثاني (التخايير) خلافا فهو منه للخيار في مذهب الشافعية ، وعلى رواية عن أحمد اختارها الشريف بن أبي موسى ووصفها ابن قدامة بأنها أصح .

أما الرواية الأخرى عن أحمد فإنها تقصر اسقاط الخيار على التفرق فلا يطل بالتخايير قبل العقد ولا بعده ، وهو ظاهر كلام الخرقي في مختصره (١) .

مستند الرواية المقتصرة على التفرق أن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص ، وهي رواية حكيم بن حزام وأبي برزة وأكثر الروايات عن ابن عمر .

أما مستند الرواية المصححة التي تجعل المسقط أحد الأمرين : التفرق أو التخايير فهو الروايات الأخرى المتضمنة لذنبك الأمرين ، كرواية ابن عمر المرفوعة : « فإن خيّر أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » أى لزم وفي رواية أخرى متفق عليها « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع » قال ابن قدامة : والأخذ بالزيادة أولى .

وما ذهب إليه الشافعية واختاره ابن أبي موسى من الروايات عن أحمد ظاهر الرجحان ، للحديث المصرح بمد أجل المجلس إلى التفرق أو التخايير ، فلا يضير ورود رواية مختصرة كما هو مقرر في الأصول من أن الأصل

(١) ومن هنا ذكر ابن حزم أن الامام أحمد « لا يعرف التخايير ، ولا يعرف إلا التفرق بالأبدان فقط » (المحلى ٣٥٥ / ٨) والقصور في تصوير المذاهب في غير كتبها الأصلية مألوف . . ولذا كان لابد من استقاء كل مذهب من مراجعه كلاً كان ذلك ميسوراً .

تقديم المثبت على النافي^(١) . ثم أن النظر والمعقول يؤيد ذلك من حيث إن الخيار حق للمتعاقدين وبعد أن ثبت لها فمن حقها اسقاطه .

هذا ، ويؤخذ على بعض الكاتين عن خيار المجلس من المحدثين اغفالهم هذا السبب من أسباب اسقاط الخيار ، وتعرضهم للتفرق فقط فقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا خيار المجلس والخلاف فيه وذكر أنه بحسب المذاهب المثبتة له لا يكتسب العقد صفة الزوم إلا بعد أن ينقضى مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانها . . ثم اقتصر على التفرق مع تأويل من أوله . .^(٢) ونحو ذلك وقع للدكتور وحيد الدين سوار حيث أهمل فكرة التخاير في خيار المجلس الذي تعرض له ، بل لم يذكر شيئاً عن اسقاط الخيار قبل العقد^(٣) . والتخاير شأنه أهم من التفرق لأن التفرق يتمحض للامضاء ، أما التخاير فهو للإمضاء والفسخ .

أحكام التخاير :

هذا ، وإن التخاير إما أن يحصل صراحة بنحو عبارة : اخترنا امضاء العقد ، وإما أن يقع ضمناً ، ومثاله : أن يتبايع العاقدان العوضين (الذين جرى عليها العقد الأول) بعد قبضهما في المجلس ، فإن ذلك متضمن للرضا بلزوم العقد الأول . بل يكفي تصرف أحد العاقدين مع الآخر بالعوض الذي له أي لا يشترط تباع العوضين بل هو مجرد تصوير ويكفي بيع أحدهما لسقوط الخيار وإمضاء العقد^(٤) قال الشيراملسي : وينبغي أن يكون من كنايات التخاير : أحبيت العقد ، أو كرهته^(٥) .

(١) المفتى م ٢٧٥٧ ج ٤٨٦/٤

(٢) المدخل الفقهى العام ف/ ١٩٦ .

(٣) التعبير عن الإرادة ف/ ٦١٨ .

(٤) نهاية المحتاج ٨/٤ بحاشية الشيراملسي المجموع ١٩١/٩ .

(٥) حاشية الشيراملسي على النهاية ٨/٤ .

وانتهاء خيار المجلس بالتخاير انما هو إذا وقع اختيار الفسخ أو الامضاء من العاقدین ، أو قال كل منهما للآخر اختر ، فيؤدى ذلك لسقوط الخيار . أما إذا قال أحدهما للآخر اختر فسكت ولم يجب بشيء فما حكم خيار الساكت ؟ وما حكم خيار القائل ؟

خيار الساكت بعد التخير : ذهب الشافعية إلى أن الساكت لا ينقطع خياره كما سبق ^(١) أما الحنابلة فقد اختلفوا فيمن طلب منه الاختيار فلم يجب وظل ساكنا ، على قولين : (أحدهما) بقاء خياره ، كما كان . (والثاني) سقوط خياره . واستدل للقول الثاني بقياس السقوط على الثبوت ، فكما أن ثبوت خيار المجلس لا يتجزأ فلا يثبت لأحدهما دون الآخر ، فكذلك سقوطه ، ليتساويا في انتهاء العقد كما تساويا في قيامه ونشوئه ^(٢) . والراجع القول الأول وهو بقاء خيار الساكت ، لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره فلم يحصل الرضا انما سكت عن الفسخ أو الإمضاء . . فإسقاط خياره يتنافى مع حقه في الخيار والاختيار بنفسه . أما القياس على ثبوت الخيار بدون تجزؤ فقياس مع الفارق لأن ثبوته كان من الشارع أما إسقاطه فهو فعل من أحدهما فلا يلزم بفعله صاحبه . . لكن لهذا القياس - على ما فيه - قياس يعارضه وهو قياس خيار المجلس على خيار الشرط حيث يتبعص سقوطه اتفاقا ^(٣) .

خيار المنفرد بالتخير : أما خيار الذى بادر إلى تخير صاحبه فلم يجب هذا بشيء ففيه عند الشافعية والحنابلة رأيان :

الأول : سقوط خياره - وهو الأصح - بدلالة تعليق الحديث مصير خيار العاقد على صدور التخير منه ، ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره .

(١) المهلب والمجموع ١٨٥/٩ و ١٩١/٩ .

(٢) للشافعية نحو هذا الخلاف فيها لو (اختر) أحدهما امضاء العقد وسكت الآخر . وهذه المسألة غير المذكورة

فوق ، فذلك فيما لو (خير) صاحبه . . (المجموع ١٩١/٩)

(٣) الفتى ٤٨٦/٣ انتهى الارادات ٣٥٧/١ القنع ٣٤/٢ .

الرأى الثانى : لا يسقط خياره ، لأنه خير صاحبه فلم يختبر فلم يؤثر فيه لأن اقدمه على التخير كان بقصد الاجتماع على رأى واحد لها فلما لم يحصل بقى له خياره ، واستدل له أيضا بالقياس على جعل الخيار للزوجة فإذا لم تختبر شيئا لا يُبطل التخير حق الرجل فى الطلاق بعد ذلك ، وفى هذا القياس انه قياس مع الفارق لأن جعل الخيار للزوجة تملك لها أمرا لم تكن تملكه فإذا لم تقبل سقط ويرجع الحق للزوج كما كان له. أما هنا فجعل أحدهما الخيار لصاحبه اسقاط لأن صاحبه يملك الخيار أصالة . . ولا شك أن ظاهر الحديث يؤيد السقوط (١) .

المطلب الثانى

اختيار فسخ العقد

سواء خصل الفسخ للعقد منها جميعا ، أو من أحدهما ، فإن العقد يفسخ بصدور الفسخ من أحدهما ولو تمسك الآخر بإجازة العقد ، ذلك أن الفسخ مقدم على الإجازة حين اختلاف رغبة المتعاقدين ، لأن اثبات الخيار انما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها . والفسخ - كما ذكر النووي - مقصود الخيار (٢) .

وفسخ العقد مسقط للخيار تبعا لأن سقوطه كان لسقوط العقد أصلا ، فيسقط الخيار أيضا لابتناؤه عليه وحسب القاعدة الشرعية « إذا بطل الشيء بطل ما فى ضمنه » (٣) ، ولا فرق بين حصول الفسخ مباشرة ، أو عقب تخير أحدهما الآخر ، فالأثر للفسخ لأنه هو مقصود الخيار (٤) .

(١) المجموع ١٨٥/٩ المئى ٤٨٦/٣ الفروع ٨٣/٤ مئى المحتاج ٤٥/٢ . نهاية المحتاج ٨/٤ .

(٢) مئى المحتاج ٤٤/٢ المجموع ١٩١/٩ .

(٣) من القواعد الكلية التى صدرت بها المجلة المادة ٥٢/ .

(٤) المجموع ١٩١/٩ .

وقد تعرض بعض الفقهاء للمسألة التالية : اسقاط الخيار بعبارة
الابطال له مباشرة ، لا عن طريق العبارات السابقة التي تدور على اختيار
العقد أو إجازته أو إلزامه . فها هنا يقول العاقدان اللذان يريدان امضاء
العقد ، أو أحدهما : أبطلنا الخيار ، أو أفسدناه . وللشافعية في هذه المسألة
وجهان :

أحدهما : لا يبطل الخيار لأن الإبطال يشعر بمنافاة الصحة ومنافاة
الشرع ، وليس كالأجازة ، فإنها تصرف في الخيار . وهذا الوجه ضعيف جدا
على ما قال إمام الحرمين .

الوجه الثاني : يبطل الخيار ، وهو الأصح (١) .

ولا أثر لهذا الخلاف عند الحنابلة فقد ذكر صاحب المغنى عبارة
« اسقطت خيارى » فى عداد ما يلزم به العقد (٢) .

وهذه المسألة من خلال الوجه الأول (الضعيف) تذكرنا ببحث
للحنفية يتعلق بإسقاط الخيار بالقول فى خيار الرؤية ، لأن الخيار ما ثبت
بأشراط العاقدين . . . وإنما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتا حقا لله تعالى
فهم لا يأخلون بذلك الاسقاط إذا انصب على الخيار فإذا ورد بطريق
الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع
فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف (٣) .

(١) المجموع ١٩١/٩ .

(٢) المغنى ٤٨٦/٣ م ٢٧٥٧ .

(٣) البدائع ٢٩٧/٥ .

المبحث الثالث التصرف

يفترق الشافعية عن الحنابلة والامامية في هذا المسقط ، ففي حين يأباه الأولون ويصرحون بأن التصرف في المبيع أو الثمن لا يسقط خيار المجلس ، بخالفاً في ذلك خيار الشرط ، يذهب الحنابلة إلى التفصيل ففي عدة صور يسقط بالتصرف من المشتري - أو البائع - خيارهما جميعاً أو خيار أحدهما ، ويعتده الإمامية من مسقطات الخيار ^(١) .

وقبل الاغاضة في تفصيل الحنابلة يجدر الإشارة إلى أن أكثر فقهاء الشافعية اكتفوا بالبيان دلالة دون التصريح بعدم الأثر للتصرف في إسقاط خيار المجلس ، حيث نصوا في باب خيار الشرط على إسقاطه إياه ، وسكتوا في خيار المجلس عن اعتباره مسقطاً ، لكن بعضهم عزز هذا البيان بالتصريح ، ففي شرح القاضى زكريا لمختصره « المنهج » عندما اقتصر على المسقطين : التخاير والتفريق ، أضاف محشيه سليمان الجمل قائلاً من طريق الحاشية على نهاية المحتاج ^(٢) عن شرح العباب أنه يفهم من حصره لقاطع الخيار فيهما أن ركوب المشتري الدابة المبيعة لا يقطع ، وهو أحد وجهين لاحتمال أن يكون لاختبارها ، والثاني يقطع ، لتصرفه . والذي يتجه ترجيحه الأول ، ولا نسلم أن مثل هذا التصرف يقطعه ، ويقاس بالمذكور ما في معناه . ثم أكد هذا بأنه من الفروق بين خيار المجلس وخيار الشرط ^(٣) .

أما الحنابلة فلديهم صور يسقط بها خيار المتعاقدين أهمها : تصرف المشتري بإذن البائع له في ذلك التصرف فإنه مسقط لخيارهما ، والتصرف

(١) معنى المحتاج ٤٥/٢ للغنى ٤٩١/٣ المكاسب ٢٢٤ .

(٢) نهاية المحتاج بحاشية الشيرازي ٨-٧/٤ .

(٣) شرح المنهج بحاشية الجمل ١٠٦/٣ وقد استرجعه بعيننا على الاطلاق في اسقاط التصرف لخيار الشرط ١١٩/٣ .

صحيح ، وذلك لدلالته على تراضيهما بإحضاره فليس أقل أثراً من التخاير . أما تصرف البائع بإذن المشتري فالراجح انه مماثل في الحكم وقد ذكر في المعنى أن فيه احتمالين وأن الوجه في احتمال عدم اسقاطه للخيار انه لما كان لا يحتاج إلى الاذن فتصرفه كما لو كان بغير إذن ^(١) .

ومن الصور المسقطه لخيارهما تصرف المشتري بالعق فانه ينفذ لقوته ويطلق به خيارهما لأن المشتري تصرف بما يقتضي اللزوم وهو العتق ، وملك البائع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق (كما لو باع عبداً بجارية معينة فان مشتري العبد ينفذ عتقه مع أن للبائع الفسخ . .) وليس مثله في ذلك البائع لأنه إعتاق من غير مالك - لانتقال الملك إلى المشتري ^(٢) .

أما تصرف أحدهما بتصرف ناقل ، كالبيع أو الهبة أو الوقف ، أو بتصرف شاغل كالاجارة أو الرهن . . فلا يسقط الخيار ، لأن البائع تصرف في غير ملكه - بناء على أن الملك في مدة الخيار للمشتري عندهم - وأما المشتري فإنه يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع وقد تعلق حق البائع به تعلقاً يمنع جواز التصرف فنع صحته أيضاً .

وهناك صور يسقط بها خيار أحدهما ويبقى خيار الآخر فإذا كان قد سقط خيار البائع - باختياره اللزوم - وبقي خيار المشتري وحده وتصرف في المبيع فإنه يبطل خياره (وينفذ تصرفه) لأنه لاحق لغيره فيه ، وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه (كالمبيع) ، ومثله تصرف البائع - والخيار له وحده - في الثمن ^(٣) .

بل ان بعض التصرفات بالرغم من عدم حلها ولا نفوذها يسقط بها خيار فاعلها لكنها ليست مسنقة للخيار كلياً فلا داعي للإطالة بها ^(٤) .

(١) المعنى ٤٩١٣ م ٢٧٦٤ وكشاف القناع ٢٠٩/٣ وقد سوى بين صورتى البائع والمشتري في الاذن .

(٢) المعنى ٤٩١/٣ - ٤٩٢ وكشاف القناع ٢٠٩/٣ .

(٣) المعنى ٤٩٠/٣ م ٢٧٦٣ وكشاف القناع ٢٠٨/٣ .

(٤) كشاف القناع ٢٠٩/٣ .

وذهب الإمامية إلى اعتبار التصرف مسقطا لخيار المجلس وهو مصرح به من جمع من فقهاءهم بل ربما يدعى اطباقهم عليه ، لأنه دليل الرضا بلزوم العقد^(١) ، ولما كان مطلق التصرف يشمل الاستخدام ولو بشيء خفيف فقد تعرض الأنصارى إلى مواقف مختلفة للكتب فى ذلك وأسهب فى البيان متبها إلى أن المراد ما فيه دلالة التصرف - لو خلى وطبعه - على الالتزام فيكون اجازة فعلية فى مقابل الاجازة القولية^(٢) .

المبحث الرابع اسقاط الخيار ابتداء

المراد هنا بإسقاط الخيار التنازل عنه قبل استعماله ، وذلك قبل التعاقد أو فى بداية العقد قبل إبرامه ، وتسمى هذه المسألة : التباعد بشرط نفي الخيار . وعلى هذا الاصطلاح لا يعتبر منه التخلي عن الخيار بعد التعاقد لإثر استحقاق العاقدين له وسريان المجلس ، فالتخلي عنه حينئذ بالتأخير يستحق اسم (الانتهاء) للخيار ، لا الاسقاط له .

أما حكم هذا الاسقاط فقد اختلف فيه القائلون بخيار المجلس ، فكان لهم فيه الآراء التالية :

الأول : صحة الاسقاط ، وهو مذهب الحنابلة ووجه ليس بالمصحح عند الشافعية وهو مذهب الامامية أيضا إذا اشترط سقوطه فى العقد .

الثانى : امتناع الاسقاط وبطلان البيع أيضا ، وهو الأصح عند الشافعية ، وهو المنصوص فى البوطى وكتب المذهب القديم .

(١) المكاسب ٢٢٤ مع الاحاطة فى التفصيل إلى خيارى الحيوان ص ٢٢٥ - ٢٢٦ والشرط .
(٢) المكاسب ص ٢٢٧ مع استشكله أن معظم النصوص التى استدل بها فقهاؤهم واردة فى أمثلة ليست دالة فى نفسها عرفا على الرضا . . . تذكروا الفقهاء ٥١٧/١ من المشتري سقوط خيار الرد ، ومن البائع فسخ للعقد .

الثالث : امتناع الاسقاط وصحة البيع ، وهو وجه عند الشافعية غير مصحح (١) .

وسواء فى اسقاط الخيار فى ابتداء العقد أن يسقطاه كلاهما أو ينفرد أحدهما بإسقاط خياره أو يشترطاً سقوط خيار أحدهما بمفرده ، ففي إسقاط خيارهما يلزم العقد ، وفى إسقاط خيار أحدهما يبقى خيار الآخر (٢) . وبالنسبة للإمامية قد ذكر صاحب رياض المسائل فى شرح المختصر النافع أن ظاهر العبارة وغيرها اختصاص الشرط المسقط بالذكور فى متن العقد ، ولعله لاطلاق النص المثبت للخيار والنصوص المستفيضة الواردة فى النكاح الدالة على هدم الشروط قبله الشاملة للمقام عموماً وفحوى . إلا إن أوقعاه على الشرط المتقدم (٣) .

الأدلة :

احتج من صحيح اسقاط الخيار قبل العقد بمحدث الخيار نفسه ، حيث جاء فى إحدى رواياته : « فإن خير أحدهما صاحبه فبأيها على ذلك فقد وجب البيع » وفى رواية : « إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار وجب البيع » . وهذه الروايات وإن كان المراد بها التأخير فى المجلس فهى عامة تشمله وتشمل التأخير فى ابتداء العقد ، فهما فى الحكم شئ واحد . ولأن ما أثر فى الخيار فى المجلس أثر فيه مقارنة للعقد فكما يكون للعقد التنازل عن الخيار بعد استحقاقه له ذلك قبل التعاقد . وتشبيهه بخيار الشرط فى جواز إخلاء العقد عنه ، فكذلك خيار المجلس .

(١) المنقذ ٤٨٦/٣ م ٢٧٥٧ كشف القناع ٢٠٠/٣ الشرح الكبير على المتن ٦٤/٤ للهدب والجموع ١٨٥/٩ و ١٩٠/١ متن المحتاج ٤٤/٢ ونهاية المحتاج ٨/٤ والروضة شرح اللمعة ٣٢٢/١ وتذكرة الفقهاء ١٧/١ « اشتراط سقوطه فى متن العقد ، عنها أو عن أحدهما ، بحسب الشرط » والمكاسب ٢٢

(٢) كشف القناع ٢٠٠/٣

(٣) رياض المسائل شرح المختصر النافع (طبعة حجرية غير مرقمة الصفحات) كتاب التجارة ، البحث فى الخيارات .

ومما استدل به أصحاب الشافعي الذين نحوا في هذه المسألة منحي
الحنابلة أن الخيار جعل رفقا للمتعاقدين ، فجاز لها تركه . ولأن الخيار غرر
فجاز إسقاطه .

أما دليل المنع - وهو الأصح في مذهب الشافعي - فهو أنه إسقاط
للحق قبل ثبوت سببه ، إذ هو خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجوز إسقاطه قبل
تمامه ، وله نظير هو (خيار) الشفعة فإن حق الشفيع في ذلك لا يمكن
إسقاطه قبل ثبوته .

واحتج بعضهم بأن إسقاط خيار المجلس يتنافى مقتضى البيع لثبوته
شرعا مصحوبا بالخيار فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع .

أما دليل إسقاط الشرط فقط وصحة البيع فهو ما في الشرط من
مخالفة مقتضى العقد لكنه لما كان لا يؤدي إلى جهالة في أحد العوضين يبطل
وحده ولا يبطل العقد (١) .

الناقشة والترحيع :

ناقش الحنابلة حجة الشافعية القائلة : انه إسقاط للخيار قبل سببه
بأن سبب الخيار هو البيع المطلق ، وقد حصل ، فأما البيع مع التخايير (وهي
حالة متفق على صحة الاسقاط عقبا) فليست بسبب للاسقاط .

ثم لو ثبت أن البيع مع التخايير سبب للخيار : فها هنا المانع من الخيار
مقارن وهو الاسقاط - فلم يثبت حكم الخيار .

كما ناقشوا التنظير بالشفعة بأن الشفيع أجنبي عن العقد فلم يصح
اشتراط إسقاط خياره في العقد ، بخلاف هذه المسألة (٢) .

(١) المغنى ٤٨٥/٣ - ٤٨٦ م ٢٧٥٧ والمجموع شرح المهذب ١٨٥/٩ مفتى المحتاج ٤٤/٢ الشرح الكبير على القنع
٦٤/٤ - ٦٥ كشف القناع ٤٤٥/٢ .

(٢) المغنى ٤٨٦/٣ م ٢٧٥٧ ونهاية المحتاج ٨/٤ .

ومن خلال هذا النقاش ، مضافا إليه كثرة الحالات التي سوغ فيها الشارع التنازل للمرء عن حقه قبل ثبوته على أن يكون سبب الثبوت أو مبدؤه قد ظهر، لا مناص من ترجيح ما ذهب إليه الحنابلة . لا سيما أن اسقاط المتعاقدين للخيار في بداية التعاقد يتيح للمتعاقدين ما ينشدانه من الاستقرار بعد أن دل هذا الاسقاط على حرصهما عليه .

الأ أنه لا بد من الوقوف عند استدلال الحنابلة بالقياس على خيار الشرط في جواز اخلاء العقد عنه ، وإن الأمر كذلك في خيار المجلس ^(١) ، فيؤخذ عليه أنه قياس مع الفارق لأن خيار المجلس ثبت بحكم الشرع ولو لم يرد العاقدان ، ولا حاجة لذكره في العقد ، أما خيار الشرط فلا بد لثبوته من ذكر المتعاقدين له فإن سكنا عنه خلا العقد عنه فهذا الفارق لا يلزم من خلو العقد عنه خلوه عن خيار المجلس فبقى للمستدلين على انقطاع الخيار بالتنازل عنه ما سبق من حججهم الأخرى القوية ^(٢) وتعزيزاً لهذه الحجج اذكر ما قاله العز ابن عبد السلام في القواعد : « لو شرط أحد المتعاقدين سقوط خيار المجلس سقط على المختار ، لأن سقوطه موافق لمقاصد العقد » ^(٣) .

الفرع السابع

انتقال الخيار

تمهيد :

لم تتفق كلمة مثبتى خيار المجلس على انتقاله بموت صاحبه إلى ورثته ، وهناك حالة أخرى لانتقال الخيار وهي طرؤه الجنون ونحوه من الأعراض القاطعة عن ممارسة الاختيار . .

فإذا جرينا مع القائلين بانتقال الخيار بالموت فيها ، وإلا فإن (الموت) سيكون في عداد مسقطات الخيار أو أسباب انتهائه . .

(١) المفتى ٤٨٦/٣ .

(٢) ينظر للتوسع مطالب أولى النهى ١٠٠/٣ والفروع ٨٣/٤ .

(٣) قواعد الأحكام ١٢٦/٢ .

المبحث الأول

المسوت

اختلفت الآراء فى أثر الموت على خيار المجلس على الصورة التالية :

الأول - انتقال الخيار بالموت إلى الوارث ، وهو الأصح من مذهب الشافعية ، والمطبّق عليه تقريبا عند الامامية .

الثانى - سقوط الخيار بالموت ، وهو مذهب الحنابلة .

الثالث - التفصيل بين وقوع المطالبة من الميت به فى وصيته وعدم تلك المطالبة (نظير خيار الشرط) وهو قول للحنابلة ^(١) .

الأدلة والمناقشة :

أولا : استدل القائلون بانتقال الخيار - بالموت - إلى الورثة بظاهر القرآن والأحاديث فى انتقال ما تركه الميت من حق إلى الورثة ، ومن ذلك حديث : « من ترك مالا أو حقا فلورثته » وخيار المجلس خيار ثابت لفسخ البيع فلم يطل بالموت كخيار الشرط .

كما استدلوا بقياس خيار المجلس على خيار العيب فكلاهما حق لازم ثابت فى البيع بحكم الشرع ولا خلاف فى انتقال خيار العيب بالموت ، فكذلك خيار المجلس . ويقاس أيضا على خيار الشرط وهم يقولون بأنه مما يورث .

ثانيا : أما دلائل إبطال الخيار بموت صاحبه فهو أنه إرادة ومشية ، تتصل بشخص العاقد وانتقال ذلك إلى الوارث لا يتصور ، وبعبارة أخرى لبعض الامامية : هذا الخيار حكم وليس حقا ، فهو كحكم اجازة عقد الفضولى ، وحكم جواز الرجوع فى الهبة والحكم الشرعى مما لا يورث .

(١) منى المحتاج ٤٥/٢ المجموع ٢٠٦/٩ الفروع ٩١/٤ . المنى ٤٨٦/٣ . المكاسب ٢٩٠ .

وكذلك النظر إلى الموت على أنه تفرق بل هو « أعظم الفرقين » كما يقول الحنابلة (١) .

والراجع ما ذهب إليه الشافعية ، لأن خيار المجلس بمتزلة خيار الشرط من حيث الغاية (التروى) وهو أقوى منه لثبوتة بحكم الشارع دون حاجة لذكره فى العقد . وهذا أوثق من قياسه على خيار العيب ، لأن ثمة فارقا بينهما هو أن سبب خيار العيب فوات جزء من المبيع والوارث يستحق الموروث كاملا شاملا للجزء الفائت ، فإذا لم يسلم له كان له فسخ العقد لأجله أو التنازل عنه وإمضاء العقد . ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى ارث خيار العيب .

أما تفصيل الاحكام على المذهب القائل بانتقال الخيار للوارث فهو : ان كان الوارث فى المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتد إلى أن يتفرقا أو يتخaira . وان كان غائبا ووصله الخبر امتد إلى أن يفارق مجلس الخبر . وإذا كان الوارث جماعة لم ينقطع الخيار حتى يفارقوا المجلس (مجلس العقد إن كانوا مع المورث ، أو مجلس الخبر بالنسبة لكل منهم إن كانوا غائبين) .

ينفسخ العقد بفسخ بعضهم فى نصيبه أو فى الجميع ولو أجاز الباقون ، فلا يتبعض الفسخ ، درءا للضرر عن الحى وذلك نظير ما لو أجاز المورث فى البعض وفسخ فى البعض (٢) .

وإن كان الوارث طفلا أو مجنونا أو محجورا عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل عنه ما فيه المصلحة من فسخ وإجازة .

(١) نهاية المحتاج ٨/٤ ومعنى المحتاج ٤٦/٢ والمجموع ٢٢٢/٩ والمكاسب ٢٩٠ المغنى ٣/٨٦ الفروع ٩١/٤ وفيه : وقيل : كخيار الشرط ، أى لا يورث إلا بمطالبة الميت فى وصيته .

(٢) معنى المحتاج ٤٥/٢ - ٤٦ - المجموع ٢٠٦/٩ .

هذا عن العاقد الميت ، أما العاقد الباقي حيًا فيثبت له الخيار مادام
فى مجلس العقد سواء كان الوارث الغائب واحدا أم متعددا (١) .

المبحث الثانى

الجنون ونحوه

ان أصيب أحد العاقدين فى مجلس العقد بالجنون ، أو أغمي عليه ،
انتقل الخيار - فى الأصح - إلى الولي ، من حاكم أو غيره : كالموكل عند
موت الوكيل ، وإلى السيد عند موت المكاتب أو العبد المأذون له . وقد ارتأى
بعض الفقهاء ان ذلك حيث يش من إفاقة أو طالت مدته ، لكن الراجح
عدم الانتظار مطلقا (٢) .

وكذلك ان خرس أحدهما ولم تفهم أشارته ولا كتابة له نصب
الحاكم نائبا عنه وإن أمكنت الاجازة منه بالتفرق . وليس هو محجورا عليه
وإنما الحاكم ناب عنه فيما تعذر منه بالقول ، أما إذا فهمت إشارته أو كان له
كتابة فهو على خياره .

وهناك قول آخر بسقوط الخيار فى الجنون والاعماء لأن مفارقة العقل
ليست أولى من مفارقة المكان (٣) .

هذا عند الشافعية ، أما الحنابلة فإن الجنون لا يبطل الخيار ، فإذا
جن أحد المتعاقدين فهو على خياره إذا أفاق أما فى مطلق الجنون والاعماء
فيقوم أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه (٤) .

(١) معنى المحتاج ٤٦٢ وحاشية الجبل على شرح التيج ١٠٩/٣ .

(٢) حاشية الجبل على شرح التيج ١٠٨/٣ .

(٣) معنى المحتاج ٤٦/٢ .

(٤) مطالب أولى النهى ٨٦/٣ مذهب الارادات ٣٥٧/١ منار السبيل ٣١٦/١ المعنى ٤٨٦/٣ القواعد

والقواعد الأصولية لابن اللحام البلى ص ٣٦ .

الفرع الثامن آثار خيار المجلس

تمهيد :

لخيار المجلس آثار مختلفة في العقد ، لكن أحدها يعتبر الأثر الأصلي للخيار ، في حين تكون الأخرى آثاراً فرعية . هذا الأثر الأصلي هو المقصود من الخيار ومن كل الخيارات ، ولذا يمكن أن يسمى (الأثر العام) ، وهو منع لزوم العقد ، ويترتب على امتناع لزوم العقد آثار متفرعة عنه تتصل بانتقال الملك وغيره .

المبحث الأول الأثر الأصلي

منع لزوم العقد :

ومفاد ذلك اعتبار العقد غير لازم إلى أن يحصل التفرق عن مجلس العقد أو اختيار امضاء العقد . فيكون لكل من العاقدین فسخه قبل ذلك . وهذا الأثر متفق عليه عند القائلين بخيار المجلس ، ذلك أن مقصود الخيار الفسخ ^(١) ، ولا يتحقق هذا المقصود إلا بتقاصر العقد عن مرتبة القوة والاستعصاء عن الفسخ وهذا التقاصر سيّله أن يظل العقد غير لازم إلى أن ينتهي الخيار .

المبحث الثاني (الآثار الفرعية) انتقال الملك

هذا الأثر يختلف فيه بين الفقهاء القائلين بخيار المجلس وخلافهم فيه ثلاثي : فقدان الأثر - أثره على النفاذ - أثره على الصحة .

(١) المجموع ١٩١/٩ .

الرأى الأول : فقدان الأثر :

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة - فى ظاهر المذهب - (وهو نص الشافعى فى زكاة الفطر)^(١) وعلى هذا يتقل الملك إلى المشتري مع وجود خيار المجلس ولا أثر له على نفاذ العقد بمعنى أنه لا يتوقف ، كما لا أثر له على صحة العقد فهو ينتج أحكامه كلها - مع بقاءه قابلا للفسخ خلال المجلس إلى حصول ما ينهى الخيار من تفرق أو تخاير . . الخ .

الرأى الثانى - تقييد النفاذ :

وهو مذهب الشافعية - فى الأظهر عندهم من ثلاثة أقوال - ان للخيار أثرا فى نفاذ أحكام العقد ، فهو يعتبر موقوفا مراعى من حيث انتقال الملك ، فلا يحكم بأنه مملوك للمشتري ولا للبائع ، بل ينتظر فإن تم العقد حكم بأنه كان ملكا للمشتري بنفس العقد وإلا فقد بان أنه ملك البائع لم يزل عن ملكه . وهكذا يكون الثمن موقوفا^(٢) .

الرأى الثالث - تقييد الصحة :

وهذا ما ذهب إليه الظاهرية ، فالعقد المشتمل على خيار المجلس - وكل عقد كذلك حتى ينتهى الخيار - غير منتج لآثاره ، وإن جرى التقابض ، إلى أن يحصل التفرق أو التخاير^(٣) .

قال ابن حزم : « وكل متبايعين - صرفا أو غيره - فلا يصح البيع بينهما ابدا ، وان تقابضا السلعة والثمن ، ما لم يتفرقا بأبدانها من المكان الذى تعاقدوا فيه البيع ، ولكل واحد منها ابطال ذلك العقد ، أحب الآخر أم

(١) المغنى ٤٨٨/٣ م ٢٧٦٠ القروع ٨٦/٤ . كشف القناع ٥٠/٢ المجموع ٢٣٠/٩ مغنى المحتاج ٤٤/٢ .

(٢) المجموع ٢٣٠/٩ نهاية المحتاج ٢٠/٤ .

(٣) المحل ٤٠٥/٨ م ١٤١٧ .

كره ، ولو بقيا كذلك دهرهما » ثم ذكر أنه بغير حصول التفرق أو التخاير واختيار إمضاء العقد لا ينتج العقد آثاره وأولها انتقال الملك فقال : « ومتى ما لم يتفرقا بأبدانهما ولا خير أحدهما الآخر فالمبيع باق على ملك البائع كما كان والتمن باق على ملك المشتري كما كان ، ينفذ في كل واحد منهما حكم الذي هو على ملكه ، لا حكم الآخر » .

الأدلة ومناقشتها والترجيح :

استدل أصحاب الرأي الأول (القائل بانتقال الملك) بأدلة كثيرة أهمها الاستدلال بالسنة ، وهى قوله عليه الصلاة واسلام : « من باع عبدا وله مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع » ^(١) وحديث « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع » ^(٢) وجه الدلالة فيهما انه جعل المال (المصاحب للعبد) والثمرة للمبتاع بمجرد اشتراطه ، واستدلوا من وجوه المعقول بأن البيع مع وجود خيار المجلس بيع صحيح فينتقل الملك فى إثره ، ولأن البيع تمليك فيثبت به الملك وثبوت الخيار فيه لا ينفيه ^(٣) .

أما أصحاب الرأي الثانى (القائل بأن الملك موقوف مراعى إلى أن ينتهى الخيار فيعرف كيف كان عند العقد) وهو ظاهر مذهب الشافعية فإن الخيار (كخيار الشرط مثلا) إذا ثبت للبائع وحده لم ينتقل الملك فى العوضين ، وإذا ثبت للمشتري وحده انتقل الملك فيهما ، فإذا ثبت الخيار للعاقدين (وذلك ما يحصل فى خيار المجلس ، بحكم الشرع) فإن مقتضى ثبوته للبائع عدم انتقال الملك ، ومقتضى ثبوته للمشتري انتقاله فلا بد من التوقف والمراعاة (الترقب) إلى أن ينتهى الخيار بالتفرق أو التخاير أو غيرهما ^(٤) .

(١) أخرجه مسلم .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم .

(٣) الفتى ٤٨٨/٣ وكشاف القناع ٥١/٢ .

(٤) نهاية المحتاج بإحاشية الشيرازى ٢٠/٤ ومعنى المحتاج ٤٤/٢ والمجموع ٢٢٨/٩ .

واستدل الظاهرية أصحاب (الرأي الثالث القائل بعدم انتقال الملك) ببعض روايات الحديث المثلث للخيار، حيث تضمنت عبارة النبي للعقد ما لم يحصل انتهاء الخيار «كل يبيع، لا يبيع بينهما، حتى يتفرقا أو يكون يبيع خيار» فقد نفي النبي عليه الصلاة والسلام البيع قبل التفرق ولا يعقل أن يتجه النبي لحقيقة البيع لثبوته الحسنى اتفاقا فيتجه إلى حكم البيع وهو انتقال الملك (١).

ومناقشة الأدلة يتبين ما في الرأي الأول من غرض الطرف عن قيد أوقعه خيار المجلس على العقد، فلا مساواة بين عقد مطلق وآخر مقيد ولو استوى الأمر لما كانت الحاجة داعية إلى إثبات الخيار لها، فيحمل ما أورده من السنة على أنه بعد استكمال العقد قوته بالتفرق أو التخاير.

ويتجه إلى أصحاب الرأي الثاني (التوقف والمراعاة) أنه ما دام في حال ثبوت الخيار للبائع وحده لا ينتقل الملك فإن ثبوته للمشتري أيضا يزيد الحاجة إلى عدم الانتقال لأن الرضا غير تام من الجهتين.

ولهذا لا مَعْدَى من تأييد القول بعدم انتقال الملك - كما ذهب ابن حزم لقوة استدلاله (٢).

أثر خيار المجلس على العقد بخيار شرط :

لا أثر لخيار المجلس على خيار الشرط، فإن مدة خيار الشرط تحسب من حين العقد الواقع فيه الشرط. هذا إذا كان خيار الشرط قد اشترط في العقد، أما أن اشترط في المجلس فإن المدة تحسب من حين الشرط (٣).

(١) المحل ٤١٢٨.

(٢) المغنى ٤٨٦٣ - ٤٢٠.

(٣) نهاية المحتاج ١٩/٤.

الفرع التاسع

خيار المجلس في القانون

وعند القانونيين

لم تعترف معظم القوانين الوضعية بخيار المجلس ، فالبيع إذا كان مطلقاً غير مقترن بشرط وهو عقد بات ليس لأحد العاقدین التحلل من عقده الأ بأحد عيوب الرضا المعبرة في القانون .

ففي أقدم قانون مدني (عربي) - القانون المدني الأهلي نجد فيه نص المادة / ٢٤٥ / على أنه إذا لم يذكر في عقد البيع شرط له ولا ميعاد لدفع الثمن فيعتبر البيع باتاً بلا شرط واثمن حالاً . . . وعلى ذلك جرت القوانين المعدلة من للمدني الأهلي أو الناهجة على منهجه ، في البلاد العربية ^(١) .

ولعل مرّة ذلك أن القانون المدني الأهلي (الأول) كان ملحوظاً فيه المراعاة ، في المسائل الموافقة للشرعة أو المستمدة منها ، للمذهب الحنفي المعمول به في مصر وعدد غيرها من البلاد الإسلامية ، ثم عزز ذلك عند وضع القوانين المدنية الحديثة (المصرية ، وما استمد منه) بمعرفة السهوري ، وهو يتجافى عن خيار المجلس ويرى أنه يزعم قوة العقد الملزمة ^(٢) .

لكن القانون المدني الإيراني ذهب (متأثراً بفقه الامامية المنتشر في إيران) إلى اقرار خيار المجلس ، واعتبار العقد غير لازم إلى أن يسقط ذلك الخيار ^(٣) .

وهناك نظرة قانونية (بحثة) رأيت إلحاقها هنا لأنه المكان المناسب لها ، لأن قائلها لم يراع فيها ما يحدو أصحاب المذاهب في اجتهاداتهم من

(١) نلمح ذلك في المادة التالية « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » المادة / ٩٢ من القانون المدني المصري والسوري .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣٧/٢ .

(٣) القانون المدني الإيراني نقلاً عن « التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي » للدكتور وحيد الدين سوار .

تتبع النصوص والاستمداد منه وجعل الرأي والنظر تابعا لها ، وأنهم لا يلتزمون القول بما يقضى به النظر الشخصي والرأى المجرد إلا بما تقتضيه القواعد والأصول المستمدة من المصادر الشرعية .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري ^(١) : ويستخلص من استعراض المذاهب المختلفة أن الشافعي يرى أن يكون القبول فورا ، فهو يثبت لذلك خيار المجلس حتى يتمكن المتعاقدان من التدبر طيلة المجلس ، فما فاتهما بالفورية يعوضانه بخيار المجلس ، أما أبو حنيفة فيرى جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس وهذا يتسع الوقت للمتعاقدين في التدبر ، وما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخي القبول إذ يجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما دام المجلس قائما ولم يصدر قبول . . . وأما مالك فيرى هو أيضا تراخي القبول إلى نهاية المجلس حتى يتدبر القابل ولكن لا يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه لأنه قبل أن يصدر منه الإيجاب يكون قد تدبر ومتى صدر القبول لزم العقد من الجانبين ، ولا يثبت خيار المجلس . وأما أحمد فيجمع بين التراخي في القبول وخيار المجلس فيعطى لكل من المتعاقدين فرصة للتدبر . . . هذا ، ولا يحتاج إلى أكثر من التوطئة السابقة المضادة لفكرته ، لا سيما أن في مذهب أحمد ما ينقضها ، إذ لا داعي لإدخال الوهن على العقد - على ما يقرر السنهوري نفسه في شأن إثبات خيار المجلس ^(٢) - مع وجود فرصة التدبر بجواز التراخي في القبول . . وهكذا يتخبط من ينظر للفقه الشرعي بنفس المنظار الذي ينظر فيه إلى القوانين البشرية .

(١) مصادر الحق ٢/٧٠ .

(٢) مصادر الحق ٣٧٢ - ٣٩٠ ولم يكن بذلك بل أقدم على تأويل حديث خيار المجلس بأنه لتحديد وقت انقطاع خيار الرجوع والقبول ، وهو تأويل انفرد به قبله الطحاوي في مختصره (ص ٧٥) .

الفصل الثاني

خيار الرجوع

الفصل الثاني

خيار الرجوع

نبذة عن خيار الرجوع :

ينبثق خيار الرجوع عن الشطر الأول من العقد ، وهو خيار القبول الآتي كلاهما نسيج وحده ، فالخيارات كلها ترتبط بعقد استكمل وجوده في حين هذان هما النواة التي يتكون منها العقد . ومع هذا فيها روح الخيار بلون خاص ، فإذا كانت الخيارات تدور بين الفسخ والامضاء فهنا أيضا يدور الخيار بين الفسخ بمعنى اهدار الايجاب ، أو الامضاء بمعنى الاستمرار في إيجاد العقد ومع هذا التجوّز فإن خيار الرجوع ليس بحاجة إلى كثير بيان لذا اقتصرنا على إظهار أهم جوانبه .

الايجاب - وهو عند الحنفية : ما يصدر من أحد العاقدين أولا - غير ملزم ، فإذا أوجب أحدهما العقد بائعا كان أو مشتريا فله أن يرجع قبل قبول الآخر عن إيجابه وذلك متفق عليه في المذاهب ^(١) إلا مذهب مالك فهو يرى أن الايجاب بعد صدوره عن الموجب ملزم فلا يجوز له الرجوع عنه . ولو رجع لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول ^(٢) . وذلك متسق مع ذهب مالك إلى أن إرادة العاقد المفردة لها إلزام ، بل ان الوعد بالعقد له شأنه فأولى بذلك الالتزام والتعهد .

استدل الحنفية لمذهبهم - ومذهب الجمهور - بأن القول بخيار الرجوع ليس فيه ابطال لحق الغير ^(٣) ، كما أن الثابت بالايجاب هو حق

(١) فتح القدير ٧٨/٥ والفتاوى المحتوية ٨/٣ والفتاوى الحانية ١٣٠/٢ والوجيز ١٣٩/١ والمقنع ٣٣/٢ والمحل

٣٥١/٨ والمترجع المختار ٤ بداية المجتهد ١٤١٢ .

(٢) الخطاب ٢٤٠٤ وبداية المجتهد ١٤١٢ .

(٣) الهداية ١٧/٣ .

التملك للعقار الآخر ، وفي ازمته للموجب على محل العقد حق الملك وهو أقوى ولا يجوز تعطيل حق الملك بالتملك ، والاجماع على ذلك ^(١) . ويزيد ابن الهمام هذا الاستدلال قوة بأن الإيجاب قد أثبت ولاية الأخذ وكان الثبوت من الموجب فله أن يرفع هذه الولاية ، كعزل الوكيل ممن وكله . .

انتهاء خيار الرجوع :

ينتهي خيار الرجوع بأحد أمرين :

- ١ - رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول .
- ٢ - انقضاء مجلس العقد دون أن يصدر قبول .

هذا وإن موت أحد المتعاقدين ، أو فقده لأهليته يؤدي إلى سقوط الإيجاب إذا حصل الموت قبل صدور القبول ، ولو قبل انقضاء المجلس .

خيار الرجوع في القانون :

فصل القانون المدني ، في البلاد العربية ، بين صدور الإيجاب مطلقا ، وبين صدوره مع تعيين ميعاد للقبول ، فإذا صدر دون التبيين فإن للموجب أن يتحلى من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا . كما أنه يسقط خيار الرجوع بانقضاء مجلس العقد (المادة ٩٥/ وينودها ١ و ٢) .

غير أن موت الموجب لا يسقط إيجابه ، فلمن وجه إليه أن يفيد منه ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل ، هذا في القانون المصري (م/ ٩٢) أما في القانون العراقي فقد أخذ بسقوط الإيجاب بموت الموجب ^(٢) .

(١) فتح القدير ٨٢/٥ .

(٢) مصادر الحق ١٣/٢ .

الفصل الثالث

خيار القبول

الفصل الثالث

خيار القبول

نبذة عن خيار القبول :

القبول ، عند الحنفية ، ما يصدر آخرا من أحد العاقلين بعد صدور الإيجاب، ومن التقاء القبول بالإيجاب مطابقا له يكتمل العقد . فالقبول هو الشطر الآخر من العقد . وهو أيضا غير لازم بعد وقوع الإيجاب ، فن وجه إليه إيجاب كان مطلق الارادة في القبول أو الرفض .

وهذه المسألة لا تحتاج إلى استدلال لثبوتها بالبداهة ومع هذا يقول المرغيناني : لو لم يثبت له الخيار (أى خيار القبول) يلزمه حكم البيع من غير رضاه (١) . .

أمد هذا التاريخ ممتد إلى انقضاء المجلس فإدام المجلس قائما فله أن يقبل أو يدع ، ما لم يرجع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء المجلس فهو اعدام للعقد المشروع فيه (٢) .

انتهاء خيار القبول :

ينتهي خيار القبول - كما رأينا - برجوع الموجب عن إيجابه أو بانقضاء المجلس ، وكذلك بموت أحد المتعاقدين . ذلك لأن موت الموجب يسقط إيجابه ، وأما موت الذى خوطب بالإيجاب فلأن خيار القبول لا يورث (٣) .

(١) الهداية ١٧/٣ وفتح القدير ٨٢/٥ رد المختار ٢٩/٤ الفتاوى الهندية ٧/٣ الوجيز ١٣٩/١ المقنع ٣٣/٢ الخطاب ٢٤٠/٤ شرح النيل ١١/٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ٧/٣ والخطاب ٢٤٠/٤ .

(٣) رد المختار ٢٩/٤ الفتاوى الهندية ٧/٣ .

وكذلك الحال في فقد الأهلية . وقد خالف في ذلك الاباضية فهم يرون انتقال خيار القبول بالموت وفقد الأهلية فلخليفته أن يقوم مقامه في القبول ^(١) .

خيار القبول في القانون :

أقر القانون المدني ، المصرى وأخواه السورى والعراقى ، وغيرهما ، بخيار القبول دون التصريح بذلك ، ربما لعدم الحاجة ، فقد اكتفى بمقتضيات المادة / ٩٥ / وينودها .

أما عدم انتقال خيار القبول إلى الورثة فهو كذلك حكم عام شامل معمول به في القانون المدني المصرى والسورى والعراقى ، (المادة / ٩٢ / من المصرى) ^(٢) .

(١) شرح النيل ١١/٢

(٢) مصادر الحق ١٣/٢ .

الفصل الرابع

خيار الشرط

وفيه عشرة فروع

- | | |
|--------|-----------------------------------------------|
| الأول | : تسمية خيار الشرط وتعريفه لغة وشرعا |
| الثاني | : مذاهب الفقهاء في خيار الشرط وأدلتها وفروعها |
| الثالث | : طبيعة الخيار وصيغته |
| الرابع | : شرائط قيام الخيار |
| الخامس | : مجال الخيار (ما يثبت فيه خيار الشرط) |
| السادس | : صاحب الخيار |
| السابع | : استعمال الخيار |
| الثامن | : احكام الخيار (أو آثاره) |
| التاسع | : زوال الخيار |
| العاشر | : انتقال خيار الشرط |

الفرع الأول

تسمية خيار الشرط وتعريفه لغة وشرعا

المبحث الأول

تسمية خيار الشرط

الخيار الشرط أسماء أخرى دعاه بها بعض المصنفين ، منها :

أ - الخيار الشرطى (بالوصفية لا بالاضافة) والسبب فى هذه التسمية ظاهر ، والغرض من وصفه بالشرطى تمييزه عن الخيار (الحكى) الذى يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط ، كخيار العيب . .
وهذه التسمية متداولة كثيرا عند المالكية ^(١) .

ب - خيار التروى ، لأنه شرع للتروى وهو النظر والتفكر فى الأمر والتبصر فيه قبل ابرامه . وهذه التسمية يستعملها الشافعية أكثر من غيرهم ^(٢) .

ج - بيع الخيار ، وهذا الاسم واقع على العقد الذى اقترن بخيار الشرط ، ويعبر به أصحاب المذاهب كلهم وبخاصة المالكية ^(٣) .

د - ذكر بعض المحدثين إمكان تسميته (شرط الخيار) بدلا من (خيار الشرط) لأنه عقد اقترن بشرط الخيار ^(٤) .

هـ - هذا وإن خيار الشرط أشهر الخيارات الارادية ، بل هو أشهر أنواع الخيار كافة ، ولذا قد يمتزأ فى تسميته بكلمة (الخيار) مجردة من أى

(١) حاشية اللسوقى ٩١/٣ .

(٢) نهاية المحتاج ٣/٤ .

(٣) بداية المجتهد ١٧٤/٢ .

(٤) خيار الشرط فى الملعب الحثي ، شفيق أيوب ص ١٥٢ .

وصف أو إضافة . وقد عرف انصراف لفظ (الخيار) بحال الاطلاق إلى خيار الشرط عند كل من الحنفية والمالكية ، نظرا إلى انكارهم خيار المجلس ^(١) ، أما عند الشافعية والحنابلة فلفظ (الخيار) يشمل كلا من خيارى المجلس والشرط لكن ينصرف إلى أحدهما بالقرائن ^(٢) .

المبحث الثانى

تعريف خيار الشرط لغة

لا بد لتعريف خيار الشرط - وكل مركب إضافى مثله - من تعريف كل من اللفظين المتضايقين ، ليتضح المعنى الدقيق للمركب .

فالخيار فى اللغة : اسم مصدر من الاختيار ، ومعناه طلب خير الأمرين أو الأمور . أو كما قال بعض الفقهاء فى معرض بحثه لغويا : هو بمعنى المشيئة فى ترجيح أحد الطرفين الجائزين . وهما فى موضوعنا : امضاء العقد أو فسخه ^(٣) .

أما (الشرط) - بسكون الراء - فعناه اللغوى : العلامة ، قال ابن فارس الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة ^(٤) .

أما استعمال (الشرط) فى إلزام الشيء والتزامه ، وهو المناسب هنا ، فقد ورد عن الأصمعى ما يصحح اطلاق (الشرط) على هذا المعنى لغويا ، حيث قال : «أشراط الساعة علاماتها ، ومنه الاشتراط الذى يشترطه الناس بعضهم على بعض ، أى هى علامات يجعلونها بينهم» ^(٥) .

(١) حاشية السوى على الشرح الكبير ٩١/٣ والمحطاب على خليل ٤٠٩/٤ .

(٢) الفنى لابن قدامة ، بدلالة صفيه فى المسائل المشتركة بين الخيارين ٤٨٧/٣ - ٤٩٣

(٣) لسان العرب مادة (خير) ، والصباح أيضا ، ونهاية المحتاج للرملى ٣/٤ والحطيب الشربى على المنهاج ٤٣/٣ والعلامات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ١٠٦ .

(٤) معجم مقاييس اللغة ٢٦٠/٣ .

(٥) لسان العرب مادة (شرط) ومن هنا استعمل الجرجاني فى التعريفات لفظ الشرط (بالسكون) تعريفا لغويا لكل من اشراط الساعة وشروط الصلاة (التعريفات ص ٥٥)

ونقل الفتوحى من الحنابلة عن « المصباح » أن الشرط (بالسكون) مخفف من الشرط (بالفتح) وهو العلامة ، وأن جمعه شروط ، ويقال له شريطة وجمعها شرائط . أما الشرط (بالفتح) فجمعه أشراط ^(١) .

أما المعنى الشرعى للشرط فتتوقف معرفته على التمييز بين الاطلاقات الشرعية المختلفة للشرط ، وهى ثلاثة : الشرط الوضعى ، والتعليقى ، والتقييدى .

أما الاطلاق الأول (الشرط الوضعى) فهو أحد أقسام الحكم الوضعى (ويستعمله الأصوليون لما يقابل السبب والمانع فى أحكام الوضع المعروفة ، ويستعمله المتكلمون لما يحكم العقل بضرورته كشرط الحياة للعلم ، ويردده الفقهاء فى شرائط الأحكام) والشرط بهذا الاطلاق : ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا يعدم ، لذاته . وقد اشتمل هذا التعريف للشرط الوضعى على قيود ثلاثة للاحتراز من المانع والسبب وحالة مقارنة الشرط وجود السبب أو المانع مما تفصيله فى كتب الأصول ^(٢) .

والاطلاق الثانى لغوى ، والمراد به صيغ التعليق ، ويستعمله الأصوليون فى مخصصات العموم ، والفقهاء فى مبحث تعليق البيع على الشرط وتعليق الطلاق ، فإن دخول الدار مثلا ليس شرطا لوقوع الطلاق شرعا ولا عقلا ، بل هو من الشروط التى وضعها أهل اللغة .

والاطلاق الثالث : جعل شىء قيда فى شىء ، كشراء الشاة مثلا بشرط كونها حاملا . ورأى الفتوحى احتمال إعادة هذا الاطلاق إلى الاطلاقين السابقين ^(٣) .

(١) الكوكب المنير شرح مختصر التحرير فى أصول الفقه الحنبلى ص ١٤١ وليس فى المصباح للقيومى كون الشرط مخففا عن الشرط ، فلهذا يشير إلى كتاب آخر بهذا الاسم .

(٢) الكوكب المنير للفتوحى ١٤١ .

(٣) الكوكب المنير ص ١٤٢ .

ومن الواضح أن الاطلاق الأخير هو المناسب في المركب المشروح
(خيار الشرط) فالشرط هنا التقييد ، لأن معنى الشرط في كلمة (خيار
الشرط) ثبت بسبب (التقييد من العاقد) تمييزا له عما ثبت بسبب آخر ،
كالعيب أو فوات الوصف .

وإضافة لفظ (الخيار) إلى لفظ (الشرط) إضافة حقيقية ، وهي
إضافة الشيء إلى سببه ، لأن سبب الخيار الشرط ^(١) وصورة هذه الإضافة
هي أنها من إضافة الموصوف إلى الصفة ، فالأصل : الخيار المشروط ، بناء
على أن (الشرط) مصدر بمعنى اسم المفعول ^(٢) .

المبحث الثالث

تعريفه شرعا

أما تعريف (خيار الشرط) شرعا فهناك تعاريف متعددة بحسب
المذاهب نستعرضها قبل استخلاص التعريف المختار . ذكر الشريف الجرجاني
في « التعريفات » التعريف التالي :

« أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل » ^(٣) وسيتضح مما بعد أن
هذا التعريف ليس حنفيا فقط بل هو مختص برأى أبى حنيفة وحده دون
صاحبيه اللذين لم يقتصرا في تسويغ خيار الشرط على مدة الثلاث ، بل
صححاه في كل مدة معلومة مهما طالّت . ولذا عرّفه ابن نجيم تعريفا آخر لم
يتقيد فيه برأى أبى حنيفة ، ولا يختلف كثيرا عن تعريف الجرجاني ^(٤) .

وحين تعرض ابن عابدين لمسألة التلازم بين المتضامين (خيار)
(و شرط) تضمن كلامه عن ذلك ما يصلح تعريفا جيدا لخيار الشرط فيما

(١) فتح القدير ١١٠/٥ ورد المختار ٤٧/٤ .

(٢) البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه ٣/٦ .

(٣) التعريفات للشريف الجرجاني ، مادة (خيار الشرط) . ص ٤٦ .

(٤) رسالة التعريفات له ، المطبوعة بترتيب (٤١) ضمن رسائله كليل للأشياء (طبع الآستانة) .

إذا أضيف قيد الاشتراط ، ونص كلامه : «ان خيار الشرط مركب اضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على : ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الامضاء والفسخ . . . » ^(١) . ومن محاسن هذا التعريف صلوحه عند من يأخذ بالتوقيت المحدد أو المفوض أو من يتسامح في أمره ويتدخل في حالات الاطلاق كما سنرى .

وقد عرّفه من المالكية (ابن عرفة) - بملاحظة الكلام عن (بيع الخيار) - بقوله : « بيعٌ وَقَفَ بَتُّهُ أولاً على امضاء يتوقع » واحتز بعبارة وقف بَتُّه عن بيع البت ، وهو ما ليس فيه خيار . كما ذكروا أن قيد (أولاً) لخراج خيار العيب ونحوه (خيارات النقيصة) لأن أمثال هذا الخيار لم تتوقف أولاً ، بل آل أمرها إلى الخيار ، أى لأن التخيير فيها يثبت فيما بعد ، حين ظهور العيب ^(٢) .

وقد عرفه من الحنابلة البهوتى بقوله : « هو أن يشترطاً في العقد أو بعده مدة معلومة » وبين أن المراد بما بعد العقد في زمن خيار المجلس أو غيره لا بعد لزومه ^(٣) . ويبدو لي أن التعريف المختار يتمثل في هذه العبارة : خيار الشرط هو حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يحول مشروطه فسخ العقد في مدة معلومة .

(١) رد المختار ٤/٤٧ ، وعرفه الشيخ أحمد إبراهيم في « للمعاملات الشرعية » ص ١٠٦ بقوله « هو أن يشترط في العقد أو بعده خيار لأحد المتعاقدين أو كليهما في فسخ العقد وامضائه » . وعرفه آخرون بقولهم : أن يكون لأحد المتعاقدين (أو لكليهما أو لغيرهما) الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة مطلوبة إذا شرط ذلك في العقد ، للدخل إلى الفقه الاسلامي ، مصطفى شلبى ص ٤٧١ والمعاملات الشرعية لأحمد أبو الفتح ٢١٤ .

(٢) حدود ابن عرفة ١ - شرح ابن سودة على تحفة ابن عاصم ٣٥/١ . وشرح الحارثي مختصر خليل ١٩/٤ .

(٣) كشاف القناع ٢٠٢/٣ .

ماهيته ، وصورته البسيطة :

هذا وإن التعاريف المستوفية شرائطها العلمية التى أهمها الجمع لأفراد المعرفة والمنع لأضداده والاحتباس من الدور . . واستيفاء شرائطها العرفية من وجازة اللفظ وتحاشى ذكر الاحكام . . الخ . ان التعاريف المشار إليها كثيرا ما تخفق فى بيان ماهية الخيار وصورته العلمية ، تلك الصورة التى يتميز بها عن غيره بالنظرة الأولى لا بالتدقيق فى مقاطع التعريف جنسا وفصلا ونوعا .

لذا حسن أن يكتنف ذلك التعريف الفنى بمثل هذا البيان : خيار الشرط هو التحفظ الذى يبدبه أحد المتعاقدين أو كلاهما عند العقد بحيث يكون لصاحب الخيار الحق فى فسخ العقد أو اجازته خلال مدة معينة ، وفى خلال تلك المدة إذا فسخ العقد صراحة أو بما يعتبر فسخا ، أو سقط الخيار بمانع من موانع استمراره اعتبر العقد كأن لم يكن . وان أمضى العقد ، أو لم يستعمل حقه فى فسخه حتى مضت المدة ، أو وجد مسقط للخيار قبل مضىها زال حق الخيار وصار العقد باثا لازما .

الفرع الثانى

مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط وأدلتها ومناقشتها

المبحث الأول

مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط

ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار الشرط واعتباره مشروعا لا ينافى العقد ، وخالف فى ذلك ابن حزم خلافا صريحا ، واضطرب النقل فى مشروعيته عن سفيان الثورى وابن شبرمة ، فعدّهما ابن حزم مرة من القائلين بالخيار فى حق المشتري فقط أما إذا شرط الخيار للبائع أو لها فلا يجوز . ومرة أخرى جعل سفيان وحده قائلا بمشروعية الخيار للمشتري . . وها هو

يقول : (١) وقال ابن شبرمة وسفيان الثوري : لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع أو لها . وقال سفيان : البيع فاسد بذلك ، فان شرط الخيار للمشتري عشرة أيام أو أكثر جاز . ويقول بعدئذ (٢) : وتفرق سفيان وابن شبرمة بين كون الخيار للبائع أو لها فلم يميزاه وبين أن يكون للمشتري وحده فأجازة سفيان لا معنى له . . ولا يخفى التنافر بين مفهوم النصين فالنص الأول يفيد اتفاقهما على جوازه للمشتري وحده ويفيد أيضا انفراد سفيان . ويظهر لي أن انفراد سفيان هو في قضية المدة فيجوز لديه أن تريد عن الثلاث على أن يكون للمشتري (٣) . كما أن له لونا آخر من الانفراد عن ابن شبرمة هو افساده البيع باشتراط الخيار لغير المشتري أما ابن شبرمة فلعله يصحح البيع ويهدر الخيار المجهول لغير المشتري . .

والظاهر أن النص الثاني سقط منه ذكر ابن شبرمة أو كان ابن حزم يريد التعرض لتفرقة ابن شبرمة بين المدة المحدودة بالثلاث والمطلقة ويندد بهذه الناحية أيضا - على عادته - فطوى الكلام ونشأ عن ذلك غرابة المعنى . . أما ابن رشد فقد عدَّ الثوري وابن شبرمة كابن حزم (٤) ، وقد رأينا كيف ناصبهما ابن حزم العداء لذهابهما إلى غير ما يختار . .

هذا ، وإن اعتبار إمام ما قائلًا بحكم يكني فيه أن يذهب إلى أصل المشروعية (مثلا) ولو كان قد خصصها بحالة دون أخرى ، فالثوري وابن شبرمة - على ما يتبادر - ممن أثبت خيار الشرط (ولو أنها قصره على المشتري) أو قيده ابن شبرمة بالثلاثة الأيام . والامام زفر أيضا من أهل

(١) المحلى ٣٧٣/٨ .

(٢) المحلى ٣٧٤/٨ .

(٣) يؤيد هذا ما جاء في المجموع للثوري ٢٢٥/٩ « ابن شبرمة ممن جوزه ثلاثة أيام » ولم يتعرض لقصره على المشتري ، ولعل ذلك لمورد الكلام فهو في المدة لا المشروعية .

(٤) بداية المجتهد ١٧٤/٢ .

الاثبات له ولو أنه خصّه بالمعاقدين ولم يصححه لغيرهما (١) - وهي مسألة اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد - .

وسنرى عند مناقشة الاستدلال بالاجماع مزيدا من الايضاح لانفراد ابن حزم وتحقيق الأمر قيمن مال إلى رأيه أو ادعى ابن حزم أنه شريكه في انكار خيار الشرط .

المبحث الثاني

أدلة الاثبات

تنحصر أدلة المثبتين في السنة والاجماع والمعقول ، ولم يتترع أحد لاثباته دليلا من الكتاب - فيما أعلم - . أما القياس فسيأتى البحث في الاستدلال به عند ذكر المعقول . وسنولى الاهتمام الأكبر لأدلة الاثبات لأن نفاة خيار الشرط يرون أنه لا دليل عليه وأنه شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وسيكون في مناقشة الأدلة مجال لاستيفاء حججهم كاملة .

الاستدلال بالسنة :

أولا - استدلل مثبتو خيار الشرط بالحديث المعروف بحديث حبان بن منقذ وهو الصحابي الذي ورد الحديث في شأنه ، وفي بعض الروايات أنه ورد في شأن أبيه منقذ بن عمرو (٢) .

ولهذا الحديث روايات شتى تتفاوت اسنادا ودلالة ، وبعضها خال من ذكر الخيار . كرواية الصحيحين عن ابن عمر ، قال : ذكر رجل لرسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه ينجذع في البيوع ، فقال له رسول الله ﷺ :

(١) فتح القدير ٥/٥٠٠ .

(٢) وقع التصريح بأن الحديث في شأن حبان في عدة روايات ، وجزم به ابن الطلاع ، ولكن صحح النووي أن صاحب القصة هو منقذ بن عمرو (واللهيان) . وتردد الخطيب البغدادي وابن الجوزي في تعيينه (التلخيص الحبير ٢/٢١ ونيل الأوطار ٥/٢٠٧) وحبان يفتح الحاء . كما في اللباب في تهذيب الأنساب لابن الأثير ٢٧٣/١ وتبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلاني . وفتح القدير ٥/١١١ .

« من بايعت فقل : لا خلافة » ^(١) . ورواية السنن الأربعة عن أنس أن رجلاً كان في عقدته ضعف وكان يبايع ، وأن أهله أتوا رسول الله فقالوا : يا رسول الله احجر عليه ، فدعاه النبي فنهاه عن البيع فقال : يا رسول الله ، لا أصبر عن البيع ، فقال : إذا بايعت فقل : لا خلافة ^(٢) . ولا يفيد ظاهر هذه الرواية أكثر من كونها نصيحة نبوية لذلك الرجل بأن يبادر عند التعاقد إلى تحذير من يعاملهم بالابتعاد عن خديعته والتغريبه . ولذا عول ابن الهمام على دليل الاجماع ، ثم ذكر حديث حبان من رواية الصحيحين والموطأ وقال : ليس فيه دليل على المقصود ، والعجب ممن جعله هو الأصل في جواز شرط الخيار وهو لا يمس المطلوب ^(٣) .

أما الرواية المطولة المشتملة على ذكر الخيار فهي رواية أخرى (مرسلة) لابن ماجه ، ورواها (متصلة) : الدارقطني ، والبيهقي في سننه من طريق الحاكم ، وفي المعرفة من طريق الشافعي ، والبخاري في تاريخه الوسط والكبير ، وابن أبي شيبة في المصنف والطبراني في الأوسط. وفي هذه الرواية تفصيل لسبب ورود الحديث ، مع التصريح بجعل الخيار لصاحب القصة ، وها هي بلفظ الدارقطني : « ... عن محمد بن اسحاق ، قال أخبرنا نافع ، أن عبد الله بن عمر حدثه أن رجلاً من الأنصار كان بلسانه لوثة ، وكان لا يزال يغبن في البيوع ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له ، فقال : إذا بعث فقل : لا خلافة ، مرتين .

قال محمد (أى ابن اسحاق) وحدثني محمد بن يحيى بن حبان

(١) صحيح البخارى ٨٥/٣ صحيح مسلم ١١/٥ .

(٢) موطنه في السنن : سنن ابى داود ٢٥٣/٢ وسكت عليه ، والترمذى ١٦٢/١ وقال : حسن صحيح ، والنسائى ٢٢٢/٧ وابن ماجه ٧٨٨/٢ .

وقد روى الحديث بنحو هذه الرواية الحالية من ذكر الخيار : مالك في الموطأ (ص ٤٢٥) وأحمد في المستدرك ٨٠/٣ و ١٢٩ و ١٣٠ والدارقطني في سننه ٥٥/٣ والبيهقي في سننه ٢٧٣/٥ وراجع لرواياته نيل الأوطار ٢٠٦/٥ وكتر العمال ٣٣/٤ .

(٣) فتح القدير ١١١/٥ .

قال : هو جدى منقذ بن عمرو ، وكان رجلا قد أصابته آفة في رأسه ، فكسرت لسانه ونازحته عقله ، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يُغن فأتى رسول الله فذكر ذلك له ، فقال : « إذا بعت فقل لا خلافة ثم أنت فى كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك وإن سنخطت فأردها على صاحبها » . وقد كان عمر عمرأ طويلا ، عاش ثلاثين ومائة سنة ، وكان فى زمن عثمان بن عفان حين فشا الناس وكثروا يتبايع البيع فى السوق ويرجع به إلى أهله وقد غبن غبنا قبيحا ، فيلومونه ويقولون : لم تبتاع ؟ فيقول : أنا بالخيار إن رضيت أخذت وإن سنخطت رددت قد كان رسول الله ﷺ جعلنى بالخيار ثلاثا ، فبذ السلعة على صاحبها من الغد وبعد الغد فيقول : والله لا أقبلها ، قد أخذت سلعتى وأعطيتنى دراهم ، قال يقول : ان رسول الله ﷺ قد جعلنى بالخيار ثلاثا . فكان يمر الرجل من أصحاب رسول الله فيقول للتاجر: ويحك انه قد صدق ، ان رسول الله قد كان جعله بالخيار ثلاثا (١) .

وقد صرح عدد من الحفاظ بأنه ليس للخيار المجهول للصحابى ذكر فى رواية الصحيحين والموطأ ومسنند أحمد والسنن الثلاثة (أبى داود والترمذى وابن ماجه) - ما عدا رواية ابن ماجه الأخرى المرسلة - وهذه الرواية المشتملة على اثبات الخيار لهذا الصحابى جاءت بأسانيد حكم لها النووى بالحسن ، بالرغم من أن فى سندها محمد بن اسحاق صاحب السيرة ، وقد اختلف فى توثيقه ، قال النووى والزبلى : الأكثرون وثقوه ، وإنما عابوا عليه التدليس ، وقد صرح هنا بالسماع حيث قال فى روايته : حدثنى نافع (٢) ثم تعرض النووى إلى كون الجزء الأخير من القصة مرسلا ،

(١) روايات الحديث المشتملة على ذكر الخيار هى فى سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ والدارقطنى ٥٥٣ - ٥٦ والبيهقى ٢٧٣/٥ من طريق الحاكم والشيخ الحبير لابن حجر ٢١/٣ ونصب الراية ٦/٤ - ٨ وقد عزا بعضهم رواية الخيار لأبى داود ، وهو غلط كما نبه عليه فى نصب الراية ، وفتح القدير ٤٩٨/٥ .
(٢) نصب الراية ٦/٤ وذكر أن البخارى ممن وثقه ، ونقل فى فتح القدير ٤٩٨/٥ عن السهيلي فى الرض الأثف ان مالكا رجع عما قال فى ابن اسحاق . والجمع للنووى ١٨٩/٩ - ١٩٠ .

لأن محمد بن يحيى بن حبان ليست له صحة ، ولم يذكر من سمعها منه ، وذكر أيضا أن هذا المرسل يحتاج به الشافعي لاعتضاده بأمر آخر هو هنا الاجماع ^(١) .

ثانيا : احتج بعضهم بإحدى روايات حديث « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » التي فيها قوله عليه الصلاة والسلام : « الا بيع الخيار » وفي رواية : « الا صفقة خيار » فحمل هؤلاء ذلك الاستثناء على حالة اشتراط الخيار ، وقالوا في معناه (منسجمين مع حملهم الحديث على التفرق بالأقوال) هو خيار كل من المتعاقدين في الاقدام على العقد أو الاحجام عنه قبل التفرق فيمكن أن يمتد فيكون له الخيار أطول من تلك الفترة إذا كان البيع مشروطا فيه خيار ^(٢) .

ثالثا : احتج آخرون بأثر مروى عن عمر ، أن طلحة بن يزيد بن ركانة كلمه في البيوع ، فقال : ما أجدر لكم شيئا أوسع مِمَّا جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ ، أنه كان ضرير البصر ، فجعل له عهدة ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك . وهذا الأثر قال -عنه البيهقي : تفرد به ابن لهيعة ، ثم قال ابن حجر : فيه ابن لهيعة ^(٣) . ومن هنا قال ابن قدامة عن هذا الأثر : لا يثبت عندنا ^(٤) .

على أنه لو صح هذا الأثر لما كان فيه إلا بيان المقدار المفضل ، في نظر عمر ، لمدة الخيار ، وهو عاير عن الدلالة للمشروعية بالسنة ، لاحتمال أن له دليلا آخر عند عمر كصحة الشروط مطلقا أو الاجماع . الخ .

(١) ذكر النووي أن الشافعي يقول : المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر أو بمسند ، أو بقول بعض الصحابة ، أو بفيتا مرام أهل العلم احتج به ، واكتفى ابن حجر في التلخيص بالإشارة إلى أن ابن اسحاق صرح بالسماع في هذا المسند ، أي فخشية التلدليس زائلة (التلخيص الجدير ٢١/٣) .

(٢) الفواكه البوانى ١٢٤٢ والدرر البية للشوكاني وشرح صديق حسن خان ١٢٢/٢ .

(٣) رواه الدار قطنى ٥٤/٣ والبيهقى ٢٧٤/٥ وهو فى التلخيص الجدير ٢١/٣ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٥٢٤/٤ .

على أنه ظهر لي حقيقة المراد بالأثر من رواية أخرى عند الدارقطني أن عمر خطب لما استخلف فقال : انى نظرت فلم أجد لكم فى بيوعكم شيئا أمثل من العهدة التى جعلها رسول الله لحبان بن منقذ ثلاثة أيام ، وذلك فى الرقيق ، فظهر أن عمر أراد استنباط أمد أقصى لرد الرقيق بسبب عيوبه الخفية أو تلفه ولم يقصد التعرض لخيار الشرط . وقد تابعه فى تحديد العهدة بالثلاث ابن الزبير فى أيام خلافته ^(١) .

الاستدلال بالاجماع :

استدل به لخيار الشرط كثيرون ، قال النووى : « وقد نقلوا فيه الاجماع » وقال فى موضع آخر : « وهو جائز بالاجماع » . لكنه أشار فى موضع ثالث إلى أن صحته المجمع عليها هى فيما « اذا كانت مدته معلومة » ^(٢) .

وقال ابن المهام « هذا وشرط الخيار مجمع عليه » ^(٣) . وهذه الاشارة تستدعى قيودا أخرى يمكن تحديدها من استعراض أحكامه التفصيلية . . فمثلا فى البحث عن صاحب الخيار نجد أن الثورى وابن شبرمة أجازاه للمشتري فقط ^(٤) ، فهذا يلقى قيودا آخر على الاجماع المنقول فى صحته بأنه على الذى يقع للمشتري . . وهكذا ، لكن الدخول فى مثل هذه التفصيلات والقيود غير مألوف ولا معروف الا نادرا ، كما وقع للنوى ، لأن المراد من الاجماع على مشروعية عقد ما أو موضوع فقهى بارز كهذا ، انما هو القول بثبوته مهما كانت الشروط والقيود .

(١) سنن الدارقطني ٥٧/٣ و ٥٦ .

(٢) المجموع شرح المذهب ، للنوى ١٩٠/٩ و ٢٢٥ والبحر الزخار ٣٤٧/٣ ولا يكاد يخلو مرجع فقهى من ذكر الاختصاص بالاجماع على خيار الشرط .

(٣) فتح القدير شرح الهداية ١١١/٥ .

(٤) المحلى لابن حزم ٤٣١/٨ المسألة ١٤٢٠ وفتح القدير/ ١١٣ .

على أن هذا الاجماع هو من النوع الذى لم يسلم من منازعة . . ولعله اجماع أغلى أى مما فيه خلاف لم يعتبر^(١) ، أو أن النزاع فيه حدث بعد حصول الاجماع ، وعلى رأس هذا الخلاف الظاهرية ، ومحمل رايهم ابن حزم فى «المحل» بإنكار خيار الشرط من أساسه^(٢) . وسيأتى تفصيل ذلك .

الاستدلال من المعقول :

هناك مبادئ شرعية مسلمة تناولت بصيغ العموم التى صيغت بها خيار الشرط فكان فردا من أفرادها المشمولة بالجواز .

من ذلك مبدأ صحة الشروط فى العقود ، بقطع النظر عن اختلاف الوجهات المذهبية فيه تضييقا وتوسيعا^(٣) . فتصحيح الشروط مستند كاف لتصحيح خيار الشرط ، فما هو فى الحقيقة إلا شرط فى العقد لكنه ليس من الشروط التى فيها تقييد لمقتضى العقد بل هو شرط يراد به تعليق حكمه أو آثاره إلى حين . (وذلك عند من لم يضيّق فى الشروط فقد رأينا أن الخيار خولف فيه ذلك الاتجاه) .

أما القياس فلا مساغ لذكره مستندا لخيار الشرط ، لأنه قد تقرر أن خيار الشرط ثبت على خلاف القياس ذلك انه كما قال السرخسى : « يعلق العقد ، وعقود المعاوضات لا تختمل التعليق . وينبئ مقتضى العقد وهو اللزوم ، وموجبه وهو الملك » ثم حدد السرخسى مراده بالتعليق فبيّن أنه فى الحقيقة لا يعلق أصل العقد لأن الخيار صفة ، وبالصفة لا يتعلق أصل

(١) والظاهر أن هذا اجماع سكتوى ، وهو دليل يختلف فيه لكنه يكتفى فى مثل هذا المقام من الأحكام العملية .
لا سيما أن ما ورد عن داود وابن حزم هو قول محدث لم يعرف قبلها مع انتشار القول بمشروعية خيار الشرط ، فى المذهب المروقة قبلها .

(٢) المحل ٨/٤٢٧ م ١٤٢٠ .

(٣) لتفصيل أحكام الشروط ينظر رسالة (نظرية الشروط) للشيخ زكى الدين شحبان ، وبمبحث العقود والشروط للشيخ أحمد إبراهيم .

الموصوف بل يؤثر فى صفة الثبات فيه فيجعل العقد فى معنى المعلق بالشرط . . . (١)

وقال الكاسانى : جواز البيع مع شرط الخيار فى الأصل ثبت معدولا به عن القياس لأنه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ، ومثل هذا الحكم مفسد للعقد فى الأصل إلا أنا عرفنا جوازه بالنص (٢) .

وهناك أمانة أخرى على تعذر الاحتجاج بالقياس لخيار الشرط ، وهى متسقة مع القائلين بأن مدلول حديث حبان خاص به وحده - وهم كثيرون - فالنص المثبت للخيار خاص عندهم ، ومن المقرر فى علم الأصول أن لا يجرى القياس فى حكم ورد على سبيل الاختصاص . وهكذا يقطع الطريق على من يستدل لخيار الشرط بالقياس على النص من كتاب أو سنة ، فلا يبقى إلا دليل الاجماع والعمومات الشرعية .

وعن الاحتجاج له بالمصادر الأخرى غير الأربعة المعروفة يمكن التعلق بالآثار المنقولة عن الصحابة - إذا لم يصح قيام الاجماع - على التفصيل المعروف فى قول الصحاح والاحتجاج به .

المبحث الثالث

مناقشة الأدلة

تناثر فى عرض الأدلة نبذ من الإيرادات التى نوقشت بها أدلة الاثبات ، فمن نقى الخيار وخاصة ابن حزم وقد رأينا أن متمسك النفاة هو الأصل ، فالأصل أن يعزى العقد عن خيار الشرط ، لكنهم لم يقتصروا على ذلك بل نقدوا أدلة الاثبات ، وحسبنا التركيز على الاستدلال بالسنة فهو عمدة الاحتجاج لمشروعيته :

(١) المبسوط للرحمى ٤٠/١٣ - ٤١ .

(٢) البدائع ٢٠١/٥ ونحوه ١٧٤/٥ .

مناقشة الاستدلال بالسنة :

أولاً - حديث حبان :

سبق التوثيق للرواية المشتملة على ذكر الخيار ، اما التصريح باشتراطه من هذا الصحابي ، أو اثباته إتياء لنفسه بإرادته ، فقد قال النووي : « أما ما وقع في الوسيط وبعض كتب الفقه في هذا الحديث أن النبي ﷺ قال له : واشترط الخيار ثلاثة أيام فنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث . وقد أنكرها قبله ابن الصلاح - كما ذكر ابن حجر - ونحوه للزيلعي والشوكاني . ولا ريب أن الوصف بالنكارة لا يختص بلفظ (واشترط الخيار) بل يشمل كل ما فيه أنه كان يطلب الخيار من قبل نفسه بمجرد إرادته ، لا بإثبات خاص من الشارع له دائماً دون الطلب عند كل تعاقد ، فيصدق الوصف بالنكارة على الرواية المذكورة في الهداية وغيرها من كتب الحنفية : إذا بايع فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام كما يتضح من نصب الراية ^(١) .

فلم يبق إلا الرواية المقتصرة على ذكر الخيار - دون تناول الاشتراط - فتلك الرواية ، وإن كانت صالحة للاحتجاج بها من حيث السند ، لا يتم الاستدلال بها على المراد بل ذلك متعذر ، لأن روايات كتب الحديث المشهورة ، كالموطأ والصحيحين ، لم تتضمن إلا دعوته لتحذير من يعاملهم من أن يستغلوا ضعفه وقلة درايته فيخلبوه ولذا كان تبويب المجد بن تيمية في منتقى الأخبار للحديث حبان بعبارة : (شرط السلامة من الغبن) ^(٢) بل إن محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة بَوَّب لهذا الحديث في روايته لموطأ مالك

(١) المجموع للنووي ١٩٠/٩ والتلخيص الخبير ٢١/٣ نيل الأوطار ٢٠٧/٥ نصب الراية ٨/٤ هذا ، وإن العبرة في تحقيق ورود الحديث ورواياته لا يحكم به المحدثون ولا مبالاة بمخالفة غيرهم لهم قولاً أو صمتاً ، أما دلالة الحديث والمراد منه فذلك دولة بينهم وبين الفقهاء ..

(٢) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار ٢٠٦/٥ .

بقوله : (باب الرجل يشتري الشيء أو يبيعه فيغبن فيه) ثم عقب عليه بقوله : نرى أن هذا كان لذلك الرجل خاصة ^(١) .

أما الروايات الأخرى فهي تفيد أن الخيار مجموع لحيان خاصة بمحكم نبوى ، وليس ناشئا عن اشتراط بحيث يفيد منه هو وغيره فالحديث فيه : ولك الخيار (أو) وأنت بالخيار ، كما أن في القصة المتصلة بالحديث أن هذا الصحابي كان يقول لمن يلومه من ذوبه على الابتاع الذى يلحقه به الغبن والضرر : « قد جعلنى رسول الله فيما ابتعت بالخيار ثلاثا » وأنه حين يعارضه بائع فى رد ما اشترى منه كان يستشهد بمن يمر به من الصحابة فيشهدون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فكيف يتم الاحتجاج لاثبات خيار الشرط بهذا الحديث .

ولذا قال النووي ^(٢) : « الحديث المذكور يحتاج به (أى من حيث الاسناد) لكن فى دلالة باللفظ الذى ذكرناه (يريد اللفظ الصحيح الخالى من ذكر اشتراط الخيار) نظره » وزاد الأمر إضاحا فى شرحه لصحيح مسلم ^(٣) فقال : اختلف العلماء فى هذا الحديث ، فجعله بعضهم خاصا فى حق حبان بن منقذ ، لأن المغالبة بين المتبايعين لازمة لا خيار للمغبونين بسببها ، سواء قلت أو كثرت ، وهو الصحيح ، لأنه لم يثبت أن النبى أثبت له الخيار ، وإنما قال له : قل : لا خلافة ، أى لا خديعة ، ولا يلزم من هذا ثبوت الخيار ، ولأنه لو ثبت له الخيار كانت قضية عين لا عموم لها ، فلم يتعد إلى غيره إلا بدليل .

(١) الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٧٩ .

(٢) المجموع شرح المهذب ١٩٠/٩ .

(٣) المتاج إلى شرح صحيح مسلم بن الحجاج ١٤/٤ .

وصرح كثيرون قبل النووي بخصوصية هذا الخيار بالصحابي الوارد بشأنه ، منهم الشافعي فيما رواه البيهقي^(١) عنه أنه قال : والخبر في أن رسول الله جعل الحبان بن منقذ عهدة ثلاث : خاص . ومنهم محمد بن الحسن في عبارته السابقة^(٢) وأجاب ابن الجوزي عن حديث حبان بأنه خاص به^(٣) وتعجب ابن المهام ممن جعله أصلا للخيار^(٤) .

ومما يتصل بحديث حبان والقول بخصوصيته الإشارة إلى صنيع ابن حزم فهو لم يذهب إلى خصوصيته بحبان بل جعله عاما له ولغيره لكنه أخرجه من حيز الإرادة والاشتراط وجعله أثرا شرعيا يثبت حكما دون التوقف على رضا العاقدين ، فكان أنه في نظره خيار حكى يثبت بمجرد تلفظ العاقد باثنا كان أو مشتريا بعبارة « لا خلافة » سواء رضي بذلك معاملة أم لم يرض «^(٥) .

ولم يكتف ابن حزم بذلك بل ادعى أن بعضهم احتج لإثبات خيار الشرط بحديث المصرة ، وخبر تلقى السلع والخيار للمتلقى ، وبالخيار في رد البيع يوجد فيه العيب وخيار الشفعة . وأجاب أن تلك خيارات لم تثبت باشتراط العاقد ، بل بحكم الشارع دون الحاجة إلى رضا العاقدين ، فقياسهم خيار الشرط عليها - إن صح قياس أصلا - فاسد . .

ولعله يشير إلى صنيع الشافعي ، حيث روى عنه البيهقي في معرفة السنن أنه قال : والأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدا ، ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصرة خيار ثلاث في البيع ، وروى عنه أنه جعل الحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع اتيننا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم^(٦) كما جاء عن أبي حنيفة الاحتجاج لبعض أحكام الخيار وهي مسألة مدة الخيار^(٧) .

(١) سنن البيهقي ٥/٣٢٤ .

(٢) الموطأ أحمد ص ٢٧٩ .

(٣) نصب الرأية ٨/٤ .

(٤) فتح القدير ٥/١١١ .

(٥) المحل ٨/٤٣٥ م ١٤٢٠ .

(٦) نصب الرأية ٦/٤ .

(٧) البدائع ٥/١٧٤ .

ثانيا - حديث (بيع الخيار) : رأينا كيف احتج بعضهم لخيار الشرط بحديث « المتبايعان بالخيار . . . الأ بيع الخيار » وقد أورد على هذا الاستدلال أن الحديث مورده في خيار المجلس لا خيار الشرط ، لأنه جاء مفسرا في روايات أخر ، منه رواية الصحيحين عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر (وربما قال) أو يكون بيع الخيار »^(١) فهو لدى جمهور الفقهاء استثناء من امتداد خيار المجلس إلى التفرق حيث ينقطع قبل التفرق بالتخاير^(٢) .

قال الیهقي^(٣) : « والصحيح أنه أراد به - والله أعلم - التخير بعد البيع ، (أى عقب العقد) ألا أن نافعا ربما عبر عنه ببيع الخيار وربما فسره » ثم ذكر الرواية الدالة على استعماله اللفظين في آن واحد ، وعزاها إلى صحيح مسلم^(٤) .

مناقشة الاستدلال بالاجماع :

الحاجة ماسة هنا إلى توثيق دعوى الاجماع على خيار الشرط وإحكامها تماما أو ردّها ، على العكس مما عهد في أبواب كثيرة يذكر فيها الاجماع مستندا ثانويا - بعد الكتاب والسنة مثلا - للاستظهار والتقوية أو لازالة احتمال الظنية في دلالة النصوص المحتج بها ، أما هنا فالاجماع هو المستند الخاص الأساسى ، وليس وراءه إلا التمسك بالعمومات التى سيأتى بحثها عند الاحتجاج له من المعقول . . ولذا قال النووى : « أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الاجماع »^(٥) .

(١) صحيح البخارى ١٧/٣ وصحيح مسلم ١٠/٥ .

(٢) معالم السنن للخطاى ١٢٠/٣ والمجموع الصغير ٢٥٦/٣ ونيل الأوطار ٢٠٨/٥ (وفيه توجيهات أخر لمعنى هذا الاستثناء لكنها كلها متصلة بخيار المجلس) .

(٣) سنن الیهقي ٢٧٢/٥ .

(٤) لابن حزم كلام يشبه مال الخطاى في معنى « الأ بيع الخيار » المجلد ٨ ٤٣٤ م ١٤٢٠ .

(٥) المجموع شرح المهذب ١٩٠/٩ .

وأول ما يتعين في حصص دعوى الاجماع هذه التأمل فيما يورده ابن حزم عليها ، فقد بادر ، بعد انكار خيار الشرط ، إلى انكار الاجماع على مشروعيته من الصحابة - وهو لا يعتبر لغيرهم اجماعا صحيحا لازما ^(١) قاتلاً : « فأين تهويلهم بالصاحب الذي لا يعلم له مخالف ؟ ! » ^(٢) « وسبق هذه النتيجة التي توصل إليها إنكاره أن يكون أحد من الصحابة أو التابعين قال بخيار الشرط ، وحمله ما يفهم منه ذلك على معانٍ أخرى فقد تعرض لما ذكر عن طاوس قيل له : ان الرجل يشتري السلعة على الرضا ، فقال : « الخيار لكيها حتى يفترقا عن رضا » أجاب ابن حزم عن ذلك فقال : « وأما قول طاوس فوافق لقولنا ، لأنه قطع بأن كل بيع يكون فيه شرط خيار ، فان الخيار يجب فيه للبائع والمشتري حتى يتفقا ، فصح أنه ليس هو عنده بيبعا أصلا ، وأنه باق على حكمه كما كان . وهذا قولنا ^(٣) يريد أن ذلك في مرحلة المساومة والتبايع وليس عند إبرام العقد ، فالخيار المذكور هو لديه خيار ارتضاء العقد أو رفضه وهو خيار ثابت للمتعاقدين قبل قبول أحدهما لإيجاب الآخر . .

ثم استعرض صورا أخرى مروية عن فقهاء السلف مما دعاها غيره خيار شرط وفيها عبارة (بيع على الرضا) فحكم ابن حزم عليها جميعا بأنها ليست بيبعا أصلا وإنما هي من حالات السوم للشراء وجولات التبايع التي قد تطول أياما قبل حصول الرضا . .

غير أن امعان النظر في تلك الصور التي استبعدها من خيار الشرط يؤول إلى اكتشاف التكلف والمبالغة في صنيع ابن حزم وموافقة القائلين بأنها

(١) انظر عن مذهب ابن حزم في الاجماع ، وقصره على اجماع الصحابة - بما للداود أمام الظاهرية - كتابه في الأصول « الاحكام في أصول الاحكام » ١٤٧/٤ - ١٤٩ .

(٢) المحل ٥/٤٣٣ م ١٤٢٠ وابن حزم لا يمتد رأى الصحابي الذي لم يعلم له مخالف اجماعا (انظر الأحكام له ١٤٨/٤) .

(٣) المحل لابن حزم ٤٣٣/٨ م ١٤٢٠ .

خيارات شرط، ذلك أن فيها جميعها عبارة (إذا بت كذا على الرضا) وهي صريحة في وقوع البيع المجهود ، كما أن من الغرابة بمكان أن ترد هذه النقول كلها بقصد الاستفتاء عن قضية المساومة مع أن البدهى أن المساومة لا يترتب عليها التزام يؤدي إلى فقدان الخيار في الرجوع ! وعلى افتراض أن الغاية منها ذلك فلم ينفرد هؤلاء بهذا مع أن الفقهاء عامة يرون الرأي نفسه ؟

بقي الكلام عن استدلال ابن حزم لدعواه ان تلك الصور المنقولة ليست خيار شرط بأنها خالية من تسمية مدة . فالجواب عنه أنه لا يبعد أن تكون صيغ الاستفتاء عريت عن ذلك وانصبت على أصل الخيار جوازاً أو منعاً فورد الجواب عليها دون تعرض للمدة . على أن بعض الاجتهادات تقبل خيار الشرط الذي لم تسم فيه مدة وتجعل مدته الثلاثة الأيام التي تظاهرت الأدلة على جوازها ، أو تحدد له مدة بحسب الحاجة كما هو مذهب مالك .

وإذا كان من المقرر في علم الأصول أنه لا بد في الاجماع من سند أى دليل أو أدلة يستند إليها المجمعون ، كل بمفرده وعلى طريقته ، وليس ضروريا التصريح بذلك السند بل يفترض في كل اجماع استناده إلى دليل منصوص أو منتزع من نص (١) .

فلعل الاجماع هنا مركّز إلى ما توارد من العمومات الشرعية الآتى بحثها .

وقبل مغادرة الكلام عن مناقشة الاستدلال بالاجماع لخيار الشرط لا بد من التعرض لموقف غريب لابن حزم - على نهايته وما عرف به من التنديد بما يعتبره تناقضا من أصحاب المذاهب في مناقشاته لها في المحلى - ذلك أنه أورد في كتابه « مراتب الاجماع » الذى ألفه لبيان ما وقع الاجماع عليه والإرداف بما اختلف فيه من مسائل الفقه الأساسية ، أورد خيار الشرط لمدة ثلاثة أيام على

(١) يرجع إلى كتب أصول الفقه ، باب الاجماع ، ولا حاجة إلى سرد موطن الباب فيها .

أنه أحد مواطن الاجماع ، فقد قال : ما نصه : « واتفقوا أن البيع بخيار ثلاثة أيام بلياليها جائز » ^(١) .

وإذا بدا لأحد أن يتأول لابن حزم موقفه هذا ويخرجه عن صريح التناقض ، فلا مجال إلا بادعاء أن كتابه المشار إليه آتفا ليس إلا لعرض المذاهب دون تدخل منه برأيه ، وغير قاصد من كلمة « أجمعوا » أو « اتفقوا » معناها الاصطلاحي لدى الجمهور أو لديه هو . . وربما كان تأليفه لهذا الكتاب قبل استئلانه بالاجتهاد وتصديه لمخالفه ^(٢) .

وصرح كثير من الفقهاء المصنفين - ممن عنوا بالمقارنة المذهبية - بأن خيار الشرط مما وقع عليه الاجماع ، وليس المراد الآن مناقشة دعوى الاجماع هذه فإن لتلك المناقشة موطئها في الأدلة ، بل الغرض ما تفيده تلك العبارات من فقدان التزاع بين الفقهاء في مشروعية خيار الشرط .

قال النووي : « فرع في مذاهب العلماء في شرط الخيار ، وهو جائز بالاجماع ^(٣) » فلم يذكر أى خلاف ، على غير العادة في تلك الفروع التي يعقدها النووي لبيان اختلاف الفقهاء بعد أن يفرغ من عرض مذهب أصحابه الشافعية . كما لم يذكر ابن قدامة خلافا في مشروعية خيار الشرط ^(٤) .

الآن أن ابن رشد ذكر خلافا في هذا الموضوع قائلا : « أما جواز الخيار فعليه الجمهور إلا الثوري وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر ^(٥) » .

(١) مراتب الاجماع لابن حزم ص ٨٦ .

(٢) يشار هنا إلى أن ابن حزم قال بمشروعية خيار يثبت لأى من المتعاقدين بمجرد قول أحدهما للآخر (لا خلافة) قبل الآخر أم لم يقبل (المجلد ٥ / ٤٢٧ م ١٤٢٠) ولا يمكن قطعاً اعتباره خيار شرط مع فوارق في الاحكام ، ذلك أن بينهما بونا شامسا لأن هذا الخيار خاص بلفظ الخلابة وغير محتاج إلى قبول ، فهو بإرادة منفردة ، خلافا للخيارات الارادية المستتلة إلى اتفاق الارادتين .

(٣) المجموع ٢٤٣/٩ .

(٤) المغني ٤٩٩/٣ م ٢٧٨٠ .

(٥) بداية المجتهد ٢٠٩/٢ ط ٣ .

وهذا الاستثناء بالنسبة للثورى غريب جدا من ابن رشد لأنه ذكر بعد خمسة عشر سطرا فى مسألة الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة أن الثورى ممن قال « بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا » !

وليس هذا هو النقص الوحيد لدعوى ابن رشد ، بل هناك ما يقطع بنكارة هذه الدعوى ، وهو أن ابن حزم - الذاهب إلى نقي خيار الشرط قد أسند عن الثورى وابن شبرمة تجويزهما خيار الشرط للمشتري فقط (٢) ، فالظاهر أن ابن رشد وهم فى تفسير موقف الثورى وابن شبرمة المانعين خيار الشرط فى حق البائع خاصة فحمل ذلك المنع الخاص على منع الخيار أصلا (٣) .

فلم يبق إلا بعض أهل الظاهر ، وعلى رأسهم ابن حزم ، فقد صرح فى كتابه « المحلى » بنى مشروعية خيار الشرط قائلا : وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا . . فهو باطل . . . » (٤) . ثم شنع على المذاهب القائلة به بدءا بأبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد ، ثم مالك فالشافعى ، واستعرض ما احتج به كل منهم وما فرعوه منددا بتلك الأحكام زاعما أنها « وساوس وأحكام لا يعرف لها أصل » متزهيا الإشارة إلى تناقض القائلين به فيما يستلزمه اثباته من نقي أحكام أخرى قرروها . . إلى أن قال : « وهى آراء أحدثوها متخاذلة لا أصل لها ولا سلف لهم فيها » (٥) وكر بعدئذ فناقش الآثار عن الصحابة والتابعين مما استدلل بها مثبتو خيار الشرط ، وسبق البيان لما أداره حولها من احتمالات وكيف صرف تلك الآثار إلى مقتضى مذهبه (٦) .

(١) المحلى ٤٣١/٨ و ٤٣٣ م ١٤٢٠ .

(٢) بداية الجهد ٢/١١٢ .

(٣) المحلى ٤٣٧/٨ - ٤٢٨ م ١٤٢٠ .

(٤) المحلى ٤٣١/٨ .

(٥) المحلى ٤٣١/٨ - ٤٣٤ م ١٤٢٠ ولم أر داعيا للتطويل بإيراد مناقشته للأدلة المتصورة من سنة وأثر ، بعد أن تنكب عن منزلة الاجماع (إثر صرفه تلك الآثار إلى وفاق مذهبه كما سئرى فى مبحث الأدلة) فليظفر ذلك فى كتابه .

الفرع الثالث

طبيعة الخيار وصيغته

المبحث الأول

طبيعة الخيار

إن هذا الخيار من الخيارات التي يرتبط وجودها بإرادة العاقد ، بل هو رأس الخيارات التي هذا شأنها وهي ما يدعى (الخيارات الارادية) . ويتطلب وجوده (شرطاً) تتلاقى على اعتباره ارادة العاقلين ، ومن هنا كانت طبيعة هذا الخيار أنه (ارادى) وليس (حكماً) .

على أن طبيعة (الارادية) لا تعدو مرحلة قيامه ونشوئه ، أما اعتباره الشرعى ، أى تسويغ أصل الخيار ، فهو وليد النصوص الشرعية ، وهذا جارٍ فى كل الخيارات .

المبحث الثانى

صيغة الخيار

لا يتطلب ثبوت الخيار التعبير بصيغة معينة ، فكما يحصل بلفظ اشتراط (الخيار) يحصل بكل لفظ يدل على ذلك المراد ، مثل لفظ (الرضا) أو (المشيئة) بل يثبت ولو لم يتضمن الكلام لفظ الخيار أو ما هو بمعناه فيما إذا ورد عند التعاقد أو بعده ما هو كناية عن الخيار ، كما يؤخذ من الفتاوى الهندية حيث قال : « إذا باع من آخر ثوباً بعشرة دراهم ، ثم ان البائع قال للمشتري : لى عليك الثوب أو عشرة دراهم (وقبل المشتري بذلك) قال الإمام محمد : هذا عندنا خيار ، كذا فى المحيط » ^(١) وذكر ابن نجيم نقلاً عن المعراج أنه لو قال البائع : خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته

(١) الفتاوى الهندية ٣/٣٩ .

أخذته بكذا فهو خيار . ونقل عن الذخيرة مثل هذا الاعتبار فيما لو قال : هو بيع لك إن شئت اليوم ^(١) .

ومن ذلك اشتراط الخيار في محل العقد (الثمن ، أو المبيع) بدلا عن اشتراطه في العقد ، فيكون بمثابة اشتراطه فيه ، فقد نصوا على أنه لو قال المشتري على أني بالخيار في الثمن أو في المبيع فهو كقوله : على أني بالخيار (في العقد) ^(٢) .

ومن ذلك التواطؤ على ألفاظ أو تعابير بأنها يتولد عنها الخيار ، سواء كان ارتباط هذه التعابير بنشوء الخيار متبعثا عن الاستعمال الشرعي مباشرة أو العرف . فما اعتبر من الألفاظ المتواطأ على أنها يراد بها الخيار ، تبعاً للاستعمال الشرعي ، عبارة « لا خلاية » شريطة علم العاقلين بمعناها .

قال النووي : اشتهر في الشرع أن قوله : « لا خلاية » عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام ، فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كال تصريح بالاشتراط ، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا ، فإن علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران ، حكاها المتولى وابن القطان وآخرون (أصحابها) لا يثبت ، (والوجه الثاني) يثبت ، وهذا شاذ ضعيف ، بل غلط ، لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشتري غير عارف به ^(٣) .

ويمثل ذلك قال الحنابلة في أحد احتمالين ، ولكن جاء عندهم التصريح بأنه قاصر على ما إذا خلبه ، فإن لم يكن خلبه فليس له خيار ، كما أن ابن قدامة لم يتعرض لشريطة علم العاقلين بأن المراد بالعبارة الخيار ، ومما يذكر أن مستند المنع اعتبار خبر حبان خاصة به ^(٤) وقال الامامية : إن أطلقها

(١) الفتاوى الهندية ٤٠/٣ .

(٢) البحر الرائق ٦/٦ .

(٣) المجموع شرح المذهب ٩/ وليس هذا اللفظ من قبيل التبعيد ، ولا هو من الأحكام الشرعية المفترض علم المكلف بها ، فلا رية في تغليب الوجه الثاني .

(٤) المغني لابن قدامة ٥٢٩/٣ .

عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط (١) .

ومن ذلك العقد مع شرط الاستئثار خلال وقت محدد ، كما لو قال :
بعثك على أن استأمر فلانا ، وحدد لذلك وقتا معلوما ، فهو خيار صحيح
لدى الخاتبة والامامية . وقالوا : ان له الفسخ قبل أن يستأمره «لأننا جعلنا
ذلك كناية عن الخيار» واختلف الشافعية في جواز الفسخ قبل الاستئثار ،
والأصح عندهم أنه ليس له ذلك قبل أن يستأمره (٢) .

هذا إذا ضبط شرط الاستئثار بمدة معلومة ، أما إذا لم يضبط
فالشافعية يرون في الأصح أنه غير سائغ. أما الخاتبة فحكمه عندهم حكم
الخيار المجهول : لا يصح على الراجح (٣) .

ومن المناسب هنا - ونحن بصدد مرونة الصيغة لاشتراط الخيار أن
نورد ما قال الزرقاني من المالكية : « لو جرت العادة باشتراطه (أى خيار
الشرط) كان خيارا ، لأنها - أى العادة - كالشرط صراحة » . فإذا
تعارف الناس على ثبوت الخيار في بيع سلعة من السلع ثبت الخيار فيها بلا
شرط (٤) .

ومن المقرر أن الآخرس تقوم إشارته مقام الصيغة ، فان لم تفهم
إشارته أوجن أو أغمى عليه قام وليه من أب أو وصى أو حاكم
مقامه (٥) .

(١) تذكرة الفقهاء ٥١٩/١ - ٥٢٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥٢٦/٣ والشرح الكبير على الممتع ١٠٢/٤ والمجموع شرح المهذب ٢١٠/٩ و ٢١٢ و ٢١٣
وتذكرة الفقهاء ٥٢١/١ والخلاف للطوسي ٥٢٠/١ .

(٣) المغني ٥٢٦/٥ والمجموع ٢١٣/٩ .

(٤) حاشية العراقي على ابن سودة شرح منظومة الأحكام ٣٥/١ والمداخل إلى الفقه الاسلامي للدكتور مصطفى
شلي ٤٧١ .

(٥) المغني ٥٠٧/٣ .

الفصل الرابع شروط قيام الخيار

تمهيد :

لا يقوم خيار الشرط بمجرد حدوث الاشتراط في العقد ، بل لابد من وجود الشرائط الشرعية له ، فإذا اكتملت تلك الشرائط غدا خيار الشرط قائما مرعى الاعتبار ، وإذا اختل شيء منها اعتبر العقد لازما بالرغم من اشتراط الخيار في العقد . غير أن تلك الشرائط ليست موضع اتفاق بين المذاهب ، فهي متفاوتة العدد بين مذهب وآخر ، لكننى - فى هذا الوطن وأمثاله - سأذكر كل ما قيل باشتراطه ، لا تأييدا لقول المشتري ، بل للتوصل إلى ذكر رأيه ودليله ، ثم مناقشته والنظر فى رجحانه . .

المبحث الأول

شروط المقارنة للعقد

المراد من المقارنة للعقد أن يحصل اشتراط الخيار مع ولادة العقد أو لاحقا بها ، لا أن يسبق الاشتراط العقد . فلا يصح اشتراط الخيار قبل اجراء العقد ، إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف (١) . وبيان الصورة المختز منها ما جاء فى الفتاوى الهندية (٢) عن العناية أنه « لو قال : جعلتك بالخيار فى البيع الذى نعقده ، ثم اشتراه مطلقا لم يثبت الخيار فى البيع عند أبى حنيفة » .

لكن من الزيدية من ذهب إلى أن اهدار الاشتراط السابق للعقد انما هو ما لم يجر العرف بأن المشروط قبل البيع كالمشروط حال البيع (٣) .

(١) البحر الزخار ٢٤٧/٣ والمجموع للتوى ١٩٤/٩ والروضة البية ٣٧٣/١ .

(٢) الفتاوى الهندية ٤٠/٣ .

(٣) حواشى شرح الأزهار لابن مفتاح ٩٨/٣ ، التاج للمذهب ٤٠٤/٢ البحر الزخار ٢٤٧/٣ .

وهذا الذى ذهبوا إليه هو الذى يتعين رجحانه، اعمالا للعرف في مجال اعتباره^(١). لاسيما أن تشبيه الخيار بالصفة ليس وجيبا وهو يستدعي اضعاف مركز الخيار على مذهب الحنفية القائلين بأن «الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا إذا كانت مقصودة بالتناول»^(٢) ثم ما الذى يحتم اعتبار الخيار وصفا ثم مآل الأمر إلى منع تقدمه على الموصوف، فليعتبر كما هو صريح اسمه شرطا والشرط يتقدم أو يتأخر، بعد وضوح تعليق المشروط عليه وحكم العقد معلق على شرط الاجازة المرتكزة على خيار الشرط . .

يعتبر بمنزلة المقارنة للعقد ما لو ألحق اشتراط الخيار بالعقد بعدئذ، بتراضى المتعاقدين، فذلك فى حكم حصوله فى أثناء العقد أو بمجلس العقد عند المترين بمجلس العقد. ذهب إلى تلك التسوية بين المقارنة واللاحق الحنفية، والامامية، والرسمية من الزيدية^(٣) ومن مستندهم القياس لهذا على ما فى النكاح من جواز الاتفاق بعد العقد على ما يتصل به، كالزيادة فى المهر أو الخط منه، ودليل هذا الحكم المقيس عليه قول الله عز وجل: «ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة»^(٤) قال ابن المهام: ^(٥) يجوز لإلحاق خيار الشرط بالبيع، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع - أى إجماع أئمة الحنفية - ثم ذكر أن إلحاق الخيار بعد العقد جار مجرى ادخاله فى العقد تماما من حيث نوع الخيار المشروط ومدته وبقية أحكامه^(٦).

(١) من القواعد الكلية «المادة محكمة» مجلة الاحكام المدنية وشروحا، المادة / ٣٩ وللدخل الفقهى العام،

مبحث سلطان العرف القضى ف ٤٩٣... إلخ.

(٢) رد المختار ٥٤٤/٤.

(٣) المراجع المذكورة سابقا.

(٤) سورة النساء / ٢٤.

(٥) فتح القدير ٤٩٨/٥.

(٦) الفتاوى الحنفية ٣٩/٣ قلأ من المحيط أيضاً.

ومما جرى به في معرض الاستدلال للجواز أن للعاقدين فسخ العقد فكان لها الخيار به وإن ذلك في منزلة إلحاقه بالمجلس (١) .

وذهب الشافعية والحنابلة والناصرة - من الزيدية - والاباضية إلى أنه لا يلحق خيار الشرط بالعقد بعده ، بل لابد من وقوعه في صلب العقد ، أو في مجلسه . وذكر المهدي الزيدي في معرض الاستدلال أن أصحاب هذا الرأي قاسوا منع تأخر الخيار على منع تقدمه على العقد ، وأشار في الرد على ذلك إلى أن بين الأمرين فرقا لأن منع التقدم على العقد هو لمنع تقدم الصفة أما التأخر فهو شأن الصفة (٢) . واستدل ابن قدامة لمذهب الحنابلة المانع من تأخر الخيار عن العقد بأن العقد بعد انتهاء المجلس أصبح لازما ، فلم يصرجائزا بقول المتعاقدين (٣) وذكر ابن تيمية أن من أصول الشافعي وأحمد أن الخيار الزيادة (في الأجرة) والشروط بالعقود اللازمة لا يصح .

وبين هذين الاتجاهين مذهب ثالث اشترك مع المذهب الأول في النتيجة واختلف عنه في التكيف لهذا التصرف ، فقد أجاز المالكية إلحاق الخيار بالعقد بعد أن وقع على البتات ، سواء كان إلحاقه من أحدهما أم من كليهما ، فيصح الاشتراط اللاحق ، ويلزم من التزمه بعد صدور العقد خاليا منه ، لكنه - وهذا هو الفارق عن المذهب الأول - بمثابة « بيع مؤتلف بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع . . . صار فيه المشتري بائعا . » (٤) كما ذكر المالكية أنه لو جعل البائع الخيار للمشتري ، بناء على المذهب من أن اللاحق للعقد ليس كالواقع فيها ، فما أصاب السلعة في أيام الخيار فهو من المشتري . وأشار خليل وشراحه (٥) إلى أن القول بجواز إلحاق الخيار إنما هو بعد انتقاد

(١) المنق لاين قدامة ٤٩٤/٣ م ٢٧٧١ .

(٢) البحر الزحار ٣٤٧/٣ - ٣٤٨ مجموع للنووي ٢٠٩/٩ و ٤١٩ ط ٢ والمنق لاين قدامة ٤٩٤/٣ والإيضاح للشافعي ٢٩٨/٣ ومن قوله : « وإنما يجوز الخيار عند غشقة البيع ، وأما قبلها أو بعدها فلا يلزم » .

(٣) المنق ٤٩٤/٣ م ٢٧٧١ .

(٤) الدسوقي ١٧٧/٣ نقلا عن المدة بالمنق ، ونص ما في المدة : بمنزلة بيعك إياه بالثمن من غيره (١٧٧/٤) .

(٥) الحرشي على خليل ٢١/٤ والدسوقي حل الشرح الكبير ٩٣/٣ - ٩٤ وبقية الشرح ..

البائع الثمن ، أما إلحاقه قبل انتقاده فلا يساويه فى الجواز لما فى الحالة الثانية من (فسخ دين فى دين) وأصل ابن القاسم منعه .

وقد ذكروا فى خلال مناقشة هذين القولين وجها متفقا عليه هو أن «جعل الخيار لأحد العاقدين ليس عقدا حقيقة ، إذ المقصود منه تطيب نفس من جعل له الخيار لا حقيقة البيع^(١)» قال الخرشي والدسوقي : لكن المرجح الأول وهو المعتمد أى اقتصار الجواز على ما لو نقد الثمن ، وإن كان ظاهر المدونة التسوية بينها^(٢) .

المبحث الثانى

شريطة التوقيت

أو : معلومية المدة

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا بد من تقييد الخيار بمدة معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان . فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت أصلا ، وهو من الشروط المفسدة عند الجمهور ، وسيأتى الكلام فيه بالتفصيل .

قال الكاسانى: والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم للحال ، فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد ، وأنه مفسد للعقد فى الأصل ، وهو القياس ، إلا أننا عرفنا جوازه استحسانا (بخلاف القياس) بالنص ... فبقى ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس .^(٣) .

والحكمة فى توقيت المدة أن لا يكون الخيار سببا من أسباب الجهالة الفاحشة التى تؤدى إلى التنازع ، وهو مما تتحاماها الشريعة فى أحكامها ، ولهذا مزيد بيان فى مناقشة المذاهب فى هذه الشريطة .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٩٤/٣ .

(٢) جاء فى المدونة : « رأيت لو أنى بعت - أو اشتريت - من رجل سلعة ، فلقيته بعد يوم أو يومين ، فبعت له الخيار - أو لى الخيار - أيا ما ، أبلغم هذا الخيار أم لا ؟ قال : نعم » ١٧٧/٤ .

(٣) البدائع ١٧٤/٥ ونحوه فى المجموع للنووى ١٩١/٩ .

المطلب الأول الحد الأدنى للمدة المعينة

للمدة الجائز ذكرها حدان : حد أدنى ، وحد أقصى .

أما الحد الأدنى فلا توقيت له وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه فيجوز مها قلّ ، لأن جواز الأكثر يدلّ بالأولوية على جواز الأقل ، ومن هنا نص بعض الحنفية وغيرهم على أنه يجوز « ولو لحظة » . على أن اشتراط الخيار لمدة لحظة يغنى عنه فترة المساومة في مجلس العقد فضلا عما ينشئ عنه من العبث ، ولا عبث في التشريع ^(١) وذلك ان صح من الناحية النظرية فالغالب أن يستغرق الخيار في حده الأدنى فترة صالحة للتأمل بعد مجلس العقد وعملية التعاقد ولو ساعة عرفية على الأقل . فليت من تناول هذه المسألة اقتصر على الاعفاء من التقدير دون التمثيل النظري الذي لا يستدعيه التوضيح ، كما صنع الكاساني فأحسن صنعا حين قال : « أقل مدة الخيار ليس بمقدر » ^(٢) . ونحوه نصوص غير الحنفية من غير خلاف يعرف ^(٣) .

المطلب الثاني الحد الأقصى للمدة

أما الحد الأقصى للمدة الجائزة فقد اختلفت فيه المذاهب خلافا عريضا ، ولا بد من توضيح شقته بجمصره في الاتجاهات الفقهية التالية : التفويض للمتعاقدین مطلقا - التفويض لها في حدود المعتاد - التحديد بثلاثة أيام .

(١) الموافقات ، للشاطي ١٥٦/١ .

(٢) بدائع الصنائع ٢١٣/٥ .

(٣) المجموع ١٩٠/٩ وتذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ والايضاح للشايعي ٢٩٣/٣ .

أولا - التفويض للمتعاقدین مطلقا

مقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدين فى خيار الشرط على أى مدة مهما طالت . . وهو مذهب أحمد ، ومحمد بن الحسن وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ، وابن أبى لىلى ، وابن شبرمة ، والثورى ، وابن المنذر ، واسحاق بن راهويه ، وأبى ثور ، والحسن بن عبيد الله العنبرى لكنه قال : لا يعجبنى الطويل ^(١) .

فعند هؤلاء الفقهاء تجوز الزيادة عن ثلاثة أيام ، لما فى النصوص المثبتة للخيار من الاطلاق وعدم التفصيل ، ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من التعاقد فرجع إليه فى تقديره . أو يقال : هو مدة ملحقة بالمعقد فتقديرها إلى المتعاقدين .

وهناك صورة نادرة تشبه ما سبق فى الحد الأدنى للمدة لكنها تستحق الإشارة إليها لما فى بحثها من تقييد الخيار بأن لا يتأفى العقد ويفقده غايته . تلك الصورة ما لو شرط المتعاقدان مدة طويلة خارجة عن العادة « كآلف سنة ، ومائة سنة » فقد استوجه صاحب غاية المنتهى أن لا يصح لإفضائه - على هذه الصيغة ونحوها - إلى المنع من التصرف فى الثمن والمثمن وهذا المنع مناف للعقد الذى جعله الشارع أرفاقا للمتعاقدين ، وقد وافقه الشارح بل اعتبر محشيه أن ذلك هو مراد من أطلق من الاصحاب ^(٢) .

ثانيا - التفويض للمتعاقدین فى حدود المعتاد

وهذا مذهب مالك وحده . فيحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة ، نظرا لاختلاف المبيعات ، فللعاقد تعيين المدة التى يشاء على أن لا

(١) المحلى ٣٧٣/٨ المجموع ١٩٠/٩ واختلاف أبى حنيفة وابن أبى لىلى ١٦ الأصل للإمام محمد ، تحقيق شحاته ص ٢ و ٣ المبسوط ٤١/١٣ مختصر الطحاوى ٧٥ البحر الرائق ١/ الفتاوى المتنبية ٣٨/٣ المقنع ٣٥/٢ المغنى ٤٩٨/٣ م ٢٧٧٩ مطالب أولى النهى ٨٩/٣ القروع ٨٣/٤ متبى الارادات ٣٥٧/١ .

(٢) مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى وحاشيته ٨٩/٣ .

يجاوز الحد المعتاد في كل نوع ^(١) .

قال ابن رشد : وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختبار المبيع ، وذلك يختلف بحسب كل مبيع مبيع ^(٢) .

وبما أن لهذا الاتجاه الفقهي تقديرات محددة بحسب الحاجات المعقود عليها فقد جرى تصنيفها لدى المالكية إلى زمر :

العقار : وأقصى مدته شهر ، وما ألحق به هو ستة أيام ، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار إليها في العقار (٣٦) يوما . وهناك اليومان الملحقان بزمن الخيار وهما للتمكين من رد المبيع إذا كان حين انتهاء المدة (الشهر والأيام الستة) بيد المشتري وهو يريد الفسخ ، والحكم عند المالكية أن يلزم المبيع على من هو بيده عند انتهاء المدة دون فرق بين أن يكون الخيار له أو للعائد الآخر ، فاليوومان الملحقان هما لهذا الغرض (دفع اللزوم عن المشتري دون إرادته) . أما زمن الخيار للعقار فهو شهر وستة أيام .

الرقيق : وأقصى مدته : أسبوع وما ألحق بذلك وهو ثلاثة أيام ، وثمة يومان ملحقان بزمن الخيار لتمكين المشتري من رد المبيع حذرا من لزومه عليه إذا انتهت المدة والمبيع بيده .

الدواب : وتختلف المدة فيها بحسب المقصود من الخيار فيها فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسهرها فأقصى مدته ثلاثة أيام . وإن كان خيار الشرط متضمنا أنها للاختبار في البلد نفسه فالمدة يوم واحد وشبهه ، أما إن كان خارجه فأقصى المدة بريد عند ابن القاسم ، وبريدان عند أشهب ، والبريد : سير نصف يوم بالسير المعتاد ^(٣) . وقد ألحق بالثلاثة الأيام يوم واحد

(١) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقي ٩٥٣ والخرشى على خليل وحاشية العدوى ١٩/٤ والخطاب على خليل ٤١٢/٤ والقوانين الفقهية ٢٦٣ ولباب اللباب لابن راشد وبداية المجتهد لابن رشد ٢٠٩/٢ .

(٢) بداية المجتهد ٢١٠٢ .

(٣) الدسوقي ٩٣/٣ .

تجكين المشتري من رد المبيع ، كما سلف .

بقية الأشياء ، عدا الأصناف الثلاثة السابقة ، وتشمل : الثياب ، والعروض ، والمثلثات . وأقصى المدة لها ثلاثة أيام ويلحق بها يوم ^(١) وقد أطلق الحرشي لفظ (المثلثات) على كل ما عدا الأصناف الثلاثة الأولى (الرقيق والعقار والدواب) وبالرغم من شمول المثلثات للخضر والفواكه فإن هذين الصنفين حكما خاصا بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتها الخاصة من تسارع التلف إليهما ، فالخضر والفواكه بخاصة أمد الخيار فيها بقدر الحاجة أو بعبارة أخرى المدة التي لا تتغير فيها ^(٢) .

تنبيهات :

أولا - يلحظ أن المدد المحددة للحاجات هي أحد الآجال التي يكثر التمويل عليها في الشريعة وأعراف الناس وهي : يوم ، ثلاثة أيام ، أسبوع ، شهر . ولكل من هذه المدد اعتبارات كثيرة ولكن ليس على واحد منها دليل شرعي خاص ، فالظاهر أنها تثبت لأعراف شائعة ، ولكن هل هي مما يتغير بتغير العرف ؟ لم أجد بحثا في ذلك غير أن طريقة عرضها وسياقها في كتب المالكية تدل على اعتمادهم تلك الحدود بصورة دائمة ، ولذلك نصوا على أنه إن زاد عن المدد المقدرة قسد العقد ، دون أن يستثنوا حالة تغير العرف ، كما أن تلك المقادير لم يتغير اعتبارها منذ الامام مالك إلى عهد الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ ولا شك أن المعاملات المالية قد طرأ عليها تغيير كبير خلال تلك العهود ، ^(٣)

ثانيا - لقد ألحق بتلك الآجال أيام متفاوتة قلة وكثرة ، بحسب أصل الأجل فقد ألحق بالشهر ستة أيام ، وبالأسبوع ثلاثة ، وبالثلاثة الأيام

(١) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقي عليه ٩٥/٣ الحرشي على خليل بحاشية المدنى ١٩/٤ - ٢١ .

(٢) الحرشي ٢١/٤ .

(٣) الدسوقي نقلا عن المجموع ٩٣/٣ .

يوم آخر فلم كان هذا إلحاقاً ، ولم يكن هو المدة الأصلية سواء كان بالعرف أم بنص ما ؟

ثالثاً - هناك للآجال وملحقاتها إضافة أخرى هي يوم أو يومان مهما كان النوع ، وهي إضافة زمنية يختص اعتبارها برّد المبيع رغم انقضاء زمن الخيار وما ألحق به وقد قيل ان هذه الاضافة لا تثبت إلا لمن اشترط الحد الأقصى من المدة ، أما من اشترط في العقار عشرة أيام. مثلاً فلا ينتفع من تلك الاضافة (١) . وسيأتى تفصيل هذه الاضافة في مباحث انتهاء الخيار .

رابعاً - وقد جاء في مذهب المالكية أيضاً أن القول بالتفويض المقيد بهذه الحدود المضروبة انما هو بشأن خيار المشتري ، لأن هذه المدد للتمكين من الاختبار ، والمشتري هو الذى يتصور منه الاختبار ، أما فى خيار البائع فالمدة القصوى هي ثلاثة أيام مطلقاً مهما كان نوع المبيع . لأن حاجة التروى فى البائع مقتصرة على الثمن ، فيكفي لترويه فيه ثلاثة أيام. بل هناك رأى بأن خيار المشتري أيضاً إذا كان للمشورة بائناً فمدته ثلاثة أيام فقط (٢) .

خامساً - وبناء على تصنيف المدة القصوى على حسب الأشياء قالوا : إذا كان العقد مقايضة ، كدابة بثوب ، وكلاهما مقصود به الخيار فالعبرة فى المدة للأقصى مدة (٣) .

ثالثاً - التحديد بثلاثة أيام

وهذا التحديد بثلاثة أيام بلياليها: مهما كان المعقود عليه ، مع المنع من مجاوزتها . وهو مذهب أبى حنيفة وصاحبه زفر والشافعى فى الوجه المشهور عنه ، والامام زيد ، والليث بن سعد (٤) .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٩٦/٣ .

(٢) الخطاب ٤١٢/٤ والدسوقي ٩٢/٣ وقال وهو ما نقله ابن عرفة عن التونسي .

(٣) الخطاب ٤١٣/٤ .

(٤) البدائع ١٧٤/٥ والبحر الرائق ٦/٦ ورد المختار ٥٦٨/٤ والفتاوى الهندية ٥٦٨/٣ والفتاوى الهندية ٣٨/٣ والمبسوط ٤١/١٣ وضع القدير ١١١/٥ والمجموع ١٩٠/٩ ونهاية المحتاج ١٧/٤ والمحلل ٣٧٣/٨ وشرح الأزمهر ٩٩/٣ والبحر الرائق ٣٤٨/٣ .

وقد احتج لهذا التحديد بما جاء في حديث جَبَان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام - وقد سبق ما فيه - كما احتج لهم بأحاديث فيها إبطال الخيار الزائد عن ثلاث ، منها ما روى عبد الرزاق في مصنفه من حديث ابان بن أبي عياش عن أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا واشترط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام . وقد أعلَّ بآبان لأنه لا يحتاج بحديثه مع أنه كان رجلا صالحا (١) .

على أن أهم ما جاء في مناقشة صاحب الهداية وابن الهمام للقول بجواز زيادة المدة عن الثلاث (الذي احتج له بأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر) قول ابن الهمام (٢) : يمكن أن يقال : لم يتعين اشتراط الأكثر طريقا ، لأنه إن كان لا يمكن أن يذهب فريها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة إلى شرط الخيار أصلا لأن خيار الرؤية ثابت ولو تأخر رؤيته سنة . وإن كان للتروى في أمرها هل تساوي الثمن المذكور أولا ، أو هي متفَع بها على الكمال أولا وإن لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة، لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث .

هذا ما ذكره ابن الهمام بصيغة لا تخلو من تردده هو في وضوح هذه الحجة ، ولعل في كلام ابن رشد جوابا عن ذلك حيث جعل عمدة أصحاب مالك - في عدم تحديد مدة الخيار بالثلاث وربطهم إياه بحسب الحاجة - ان المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختبار المبيع . . . (٣) .

(١) نصب الرأية ٤/٨ ولم أجدها في المصنف في مقلته ٥٣/٨ وذكره في المجموع التفسير شرح مسند زيد ٢٥٥/٣

وقال : نسبة في التلخيص إلى مصنف عبد الرزاق عن أنس ولم يتكلم على سنه .

(٢) فتح القدير ١١٢/٥ ط ١ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٢١٠ .

والبيان الدقيق لمستند أبى حنيفة في تحديد الثلاثة الأيام هو ما ذكره صاحبه أبو يوسف ، فقد قال في بيان مذهب الامام : « لا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام ، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول : (من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام : إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير) فجعل (أبو حنيفة) الخيار كله على قول رسول الله ﷺ وكان ابن أبى ليلى يقول : الخيار جائز شهرًا كان أو سنةً وبه نأخذ » (١) ونحوه مستند الشافعي ، كما رواه البيهقي في معرفة السنن قال الشافعي : الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدا ولكن لما شرط رسول الله في المصرة خيار ثلاث في البيع وروى عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع اتيننا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم (٢) .

كما احتجوا له من المعقول بأن الخيار منافٍ لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة فيقتصر على القليل منه ، وآخر حد القلة ثلاث ، واحتج بمثل ذلك النووي بعدما أشار إلى حديث حبان (٣) .

الزيادة عن الثلاث :

إذا زادت مدة خيار الشرط عن ثلاثة أيام بلياليها لدى هذا الفريق من الفقهاء القائل بالتحديد بها فالعقد فاسد عند أبى حنيفة وزفر ، وباطل عند

(١) اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ، لأبى يوسف ١٦ جامع الفصولين ١/ ٣٢٩ وربما يستغرب احتجاج أبى حنيفة بمحدث المصرة مع تركه العمل بخيار التصرية ، والجواب ان عدم قوله بذلك الخيار ليس لو هو في الحديث (فهو من أحاديث الصحيحين) بل لعرفه معناه إلى أنه في حال اشتراط وصف زائد هو هنا كون الشاة حلويا ، فيفوت الوصف يثبت عنده خيار الوصف ، وحمل ذكر التحفيل على أنه لبيان السبب الداعي للخيار كما في المبسوط ٣٨/١٣ .

(٢) نصب الرأية ٦/٤ نقلا عن معرفة السنن للبيهقي ، ولم يدع ابن حزم فرصة التلذيد بأبى حنيفة لأنه احتج بمحدث المصرة في التحديد بالثلاث ثم لم يأخذ بخيار التصرية (احكام الأحكام ٩٩/٣) .

(٣) المجموع ١٩٠/٩ وقد جاء في البدائع ١٧٤/٥ مناقشة مبنية على خلاف أبى حنيفة وصاحبيه في جواز الزيادة على الثلاث اعتمد فيها على النص في الحديث على الثلاث . كما أطال ابن الممام في الفتح ٥٠٠/٥ في الاستدلال بالتحديد بالثلاث بما مداره أن الخيار شرع مقينا بالثلاث يقصد حديث حبان وقد سبق ما فيه . .

الشافعي ذهاباً منه إلى أن إسقاط الزيادة لا يُصحح العقد بعد مفارقة المجلس، بل في المجلس أيضاً على المشهور لأن المجلس ثبت لعقد صحيح ، لا فاسد ، لوقوعه على وجه لا يثبت دائماً .

غير أن أبا حنيفة وحده ذهب إلى أن إسقاط شرط الخيار الزائد عن الثلاث - أو إسقاط الزيادة - يصحح العقد ، ولو حصل ذلك الاسقاط بعد مفارقة مجلس العقد وذلك ما لم تمض الأيام الثلاثة . وخالفه صاحبه زفر فذهب إلى أن إسقاط الزائد لا يصحح العقد لأن البقاء على حسب الثبوت .

والحجة لأبي حنيفة أنه باسقاط الخيار المخالف أصلاً أو المدة الزائدة يصير كأن لم يكن في الأصل ، ولأنه تين بالاسقاط أنه ما شرط الخيار إلا إلى هذا الوقت ، ولأن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله باليوم الرابع وهو بقرض الفصل قبل مجيئه ، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال النهي المفسد قبل مجيئه ، فالفساد ليس في صلب العقد ، ثم بحث ابن الهمام في صفة العقد حيثنذ فذكر أن لمشايخ الحنفية فيه وجهين : الفساد بحسب الظاهر ، وأنه موقوف . واستغرب كونه فاسداً بحسب الظاهر دون الباطن ورجح طريقة الهداية بقرض الفساد على وجه يرتفع أى أنه بمعنى الموقوف (١)

وقد تعرض الكاساني أيضاً للاختلاف في تكييف العقد في حال الزيادة عن الثلاث لدى أبي حنيفة ، فذكر أن رأى العراقيين من أئمة المذهب وبعض مشايخ ما وراء النهر أن العقد انعقد فاسداً فساداً غير منقّر ، وفساده ليس لعينه ، بل لغيره وهو الشرط المفسد ، فإن أبطل الشرط قبل تقرر الفساد تين أنه كان جائزاً من الأصل ، وإلا تين أنه وقع فاسداً . وأما رأي الخراسانيين وبعض مشايخ ما وراء النهر فهو أنه انعقد موقوفاً . ثم قال : وهذا هو

(١) بدائع الصنائع ١٧٨/٥ وضع القدير ٥٠٠/٥ - ٥٠١ والمجموع شرح المهلب ١٩٠/٩ و ١٩٤ والبحر الزخار ٣٤٨/٣ وشرح الأزهاري لابن مفتاح ٩٩/٣ .

الأوجه وقد اختاره السرخسى وغيره كما جاء فى الفتاوى الهندية نقلا عن ابن نجيم^(١) .

ثم ذكر الكاسانى عن الحسن بن زياد فرعاً لأبى حنيفة فيه أن العقد فى هذه الحال موقوف ، وفسره بأمانة الموقوف ، وهى أن يكون لكل واحد من العاقلين حق الفسخ فأيهما فسخ الخيار أو العقد قبل الآخر فالعبرة به .

هذا ، ولا يفيد اسقاط الزيادة الممنوعة بعد الدخول فى مدتها ، لتقرر الفساد ، والفساد بعد تقرر لا يحتمل الزوال^(٢) .

وذهب المالكية إلى أن من الصور المفسدة :

- اشتراط مشاورة من لا يعلم ما عنده الآن بعد فراغ المدة بأمد كما لو اشترط الخيار فى العقار لمدة (٤٠) يوما مع أن المدة المحددة للعقار أقصاها (٣٨) يوما . .
- اشتراط مدة زائدة على مدة تلك السلعة بكثير ، أما لو بزيادة يوم أو بعضه فلا يضر^(٣) .

المطلب الثالث

صور مختلفة لتوقيت الخيار

بان مما مضى شأن الخيار الموقت على اختلاف الأنظار فى حدود توقيته فما الحكم إذا ورد الخيار مطلقا عن التوقيت ؟ وهى مسألة كثيرة الوقوع

(١) الفتاوى الهندية ٣٩/٣ والبدائع ٣٠٠/٥ والبحر الرائق ٦/٦ والبسوط ١٣/٦٣ المحيط البرهاني غطوط (ورقة ٧٦٥) ذلك العقد موقوف عند أبى حنيفة على ما ذهب إليه أهل خراسان فإذا انقضى جزء من الرابع فسد العقد وعلى ما ذهب إليه أهل العراق العقد فاسد فإذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع منع الفساد .

(٢) البدائع ١٧٨/٥

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٩٤/٣-٩٥ والحرقشى ٢١/٤

حيث يحتفظ العاقد لنفسه بذكر الخيار دون أن يحدد المدة المرادة . ولمعرفة حكم هذه المسألة العملية لابد من استعراض الاتجاهات الفقهية فيها وفي صور أخرى مشابهة هي : صورة الاطلاق أى عدم التحديد للمدة أصلا - الخيار المؤبد - جهالة المدة أو أحوالها لمشيئة العاقد - التحديد بما لا ينضبط ميعاده لكونه يتقدم أو يتأخر كهبوب الرياح ومجيء المطر وقدم فلان . .
أولا - الخيار المطلق :

فى الخيار المطلق عن المدة تتجه للمذاهب أربعة اتجاهات : بطلان العقد أو فسادة - بطلان الشرط دون العقد - صحة العقد وتعديل الشرط - صحة العقد وبقاء الشرط بحاله :

(أ) بطلان العقد أو فسادة ، فالبطالان هو ما ذهب إليه من الفقهاء الشافعية والحنابلة - فى إحدى الروايتين - والامامية - وذهب الحنفية إلى فسادة ولم يفرقوا هنا بين الجهالة المتفاحشة أو المتقاربة كالحصاد مثلا كما ذكر الكاسانى ، ثم أن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن صاحب هذا الخيار المفسد لو أبطل خياره ، أو بيّنه ، أسقط بسبب ما ولزم البيع فى الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الصاحين ، خلافا لأبى حنيفة المشتط حصول ذلك قبل مضى الأيام الثلاثة أنقلب العقد صحيحا عند الجميع - بل لو بعد الثلاث عند الصاحين - لحذف المفسد قبل اتصاله بالعقد لأنها يميزان الزيادة عن الثلاث .

(ب) بطلان الشرط دون العقد ، وهو رواية لأحمد ومذهب ابن أبى ليلى ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ١٧٤/٥ و ١٧٨ والفناوى الهندية ٣/٣٨ - ٣٩ والمجموع ١٩١/٩ والمضى لابن قدامة ٣/٥٢٧ ونذكرة الفقهاء ١/٥٢٠ المقنع ٢/٣٥ ولا يجوز مجهولا فى ظاهر المذهب ، وعنه يجوز ، ومما على خيارهما إلى أن يقطعه أو تنتهى مدته .

(ج) صحة العقد وتعديل الشرط ، فالخيار المطلق أو المؤبد هنا يحول القاضى تحديد المدة المألوفة فى العادة لاختبار مثل السلعة التى هى محل العقد ، لأن الخيار مقيد فى العادة ، فإذا أطلقا حُمل عليه . وهذا مذهب مالك .

ولبعض الامامية قول بصحة الخيار مع الاطلاق واعتباره محمدا بثلاثة أيام حملا على مدة خيار الحيوان عندهم ^(١) وقد اختار ابن تيمية أن العاقدَين ان أطلقا الخيار ولم يوقتا بمدة توجه ان يثبت ثلاثا ، لخبر حبان بن منقذ ^(٢) .

(د) صحة العقد وبقاء الشرط بحاله : فيبقى الخيار مطلقا أبدا كما نشأ حتى يصدر ما يسقطه . وهذا مذهب الحسن بن حى وابن شبرمة ، وقول لأحمد . ويشبه هذا ما ذهب إليه عبيد الله بن الحسن العنبري بعد أن قال : لا يعجبني الطويل ، انه للمشتري ما رضى البائع ^(٣) .

صورتان مهمتان :

هناك صورتان من صور الاطلاق ، هما فى غاية الأهمية ، لخراب التعامل بهما :

الأولى - ربط الخيار بالمشيئة : كمن قال لآخر : أنت بالخيار ما بدا لك أو إلى الوقت الذى تشاء أو : أنت بالخيار فتى ما أردت فأبرم البيع . . ^(٤) وهذه عبارات تكثر عند الباعة فى حال اطمئنان البائع إلى حظه فيما إذا رد المبيع عليه ، أو تكون عبارات جوفاء للترويج والترغيب . .

الثانية : اطلاق الخيار مع قرينة التحديد : ان المراد بالاطلاق أن لا يوجد فى الكلام قرينة على إرادة تحديده ، أما ان أطلق الخيار وتعين بالقرائن

(١) المقدمات ٥٦٠/٢ وتذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ .

(٢) الاختيارات ، لملاء الدين البيل ص ٧٤ .

(٣) البحر الزخار ٣٤٨/٣ والمحل ٣٧٣/٨ والمفنى ٥٢٧/٣ والمقنع ٣٥/٢ .

(٤) المفنى لابن قدامة ٥٠١/٣ م ٣٧٨٦ .

أن المراد تحديد أمدّه بالمجلس فهو سائق . جاء فى الهندية : من باع من آخر شيئا وقبض المشتري المبيع ومضى أيام فقال البائع للمشتري : أنت بالخيار ، فله الخيار ما دام فى المجلس . ذلك أن تأخر اشتراط الخيار عن وقت التعاقد كان قرينة على إلحاق خيار طارئ مقيد لاستدراك ما فات من تروٍّ وللمتكمين من الفسخ بعد أن امتنع بسبب صدور العقد لازما ، فهذا بمترلة « ما لو قال : لك الاقالة » ^(١) . أما لو قال - والحال نفسها - أنت بالخيار ثلاثة أيام فله ثلاثة أيام .

ثانيا - تأييد الخيار :

من الشروط المفسدة : شرط خيار مؤبد فى البيع بأن قال (أبدا) أو (أياما) ^(٢)

ثالثا - التوقيت بوقت مجهول :

من الشروط المفسدة : شرط خيار مؤقت بوقت مجهول سواء كانت جهالة متفاحشة ، كهبوب الرياح ومجىء المطر وقدم فلان وموت فلان ووضع الحامل ونحوه . أم . جهالة متقاربة ، كالحصاد والدياس وقدم الحاج ^(٣) .

رابعا - التحديد بما لا يت ضبط :

ويشمل ذلك التحديد بهبوب الرياح ، أو نزول المطر ، وكل ما فى حكمها من الأمور التى لا يعرف زمن حصولها ، بل لا يعرف هل ستحصل أم لا .

(١) الفتاوى الهندية ٣٨/٣ قلا عن الهيظ .

(٢) البدائع ١٧٤/٥ و ١٥٧ الفتاوى الهندية ٣٨/٣ البحر الرائق ٥/٦ .

(٣) البدائع ١٧٤/٥ الخرشى على خليل ٢١/٤ وقال : يستمر العقد لو اسقط الشرط (الدسوقى على الشرح الكبير ٩٤/٣ شرح الرضى لتركيا الانصارى ٥٠/٢ والبحر ٥/٦ قلا عن التارخانية) .

وهناك صور من التحديد لا تندرج في التحديد بما لا ينضبط لوضوح المراد بها أو لأعراف غالبية تزايد ما بها من جهالة ، والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها :

التحديد بمواقيت الشمس : لا نزاع بين الفقهاء في صحة تحديد أمد الخيار إلى وقت طلوع الشمس أو لوقت غروبها ، أو لوقت زوالها ، لأن كلمة (وقت) توضح أن المراد الزمن المعلوم الذي يسهل التعرف إليه ولو لم تنبغ الشمس لنعيم أو نحوه . أما إذا حددت مدة الخيار بطلوع الشمس مثلا - دون ذكر كلمة (الوقت) - فهو صحيح أيضا لأن المراد واحد . وقال بعضهم - ومنهم المهدي من الزيدية - لا يصح توقيته بطلوعها للجهالة لأنها قد تنمى فلا يعلم الطلوع . وهذا مردود ، لأن طلوعها هو بروزها من الأفق ، كما أن غروبها هو سقوط القرص واحتجابه خلف الأفق . ولا شك في صحة هذا الافتراض لا سيما في أيامنا لسهولة معرفة مواقيت الشمس بوصاطة التقويم والساعات . . (١)

وإذا اشترط الخيار (يوما) اقتضى الإطلاق اليوم الذي وقع فيه العقد وينظر فإن كان العقد نصف النهار مثلا ثبت له الخيار إلى أن يتتصف النهار في اليوم الثاني - ويدخل الليل في حكم الخيار للضرورة - وإن كان العقد في أول وقت العصر ثبت إلى مثله من اليوم الثاني . وإن كان العقد في الليل ثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل (٢) .

التحديد بالحصاد أو الجلاء : فيه احتمالان ، أحدهما : الصحة ، لتقاربه عادة . وهذا التحديد مألوف في البلاد والمناطق الزراعية وأهل الزراعة يفضلون التحديد بذلك حذرا من الالتزام بموعد زمني (باليوم المعين من الشهر) يعجزون عن الوفاء به .

(١) المجموع ١٩١/٩ البحر الزخار ٣/٣٤٩ البحر الرائق ٣/٣٤٩ الفتاوى الهندية ٣/٣٩ المسمى على الشرح الكبير ٣/٩٤ .

(٢) المجموع ١٩١/٩ .

التحديد بالعطاء أو المرتب : إن أراد وقت العطاء (وهو ما كان يعطى سابقاً من الدولة للرعية بصورة هبات ثابتة) وكان وقته معلوماً فهو صحيح أما إن أراد حصول العطاء نفسه فهو مجهول ولا يصح . وتحديد أمد الخيار إلى المرتب هو كذلك إن أراد وقته فهو صحيح ، لأنه معلوم. أما إن حدد إلى حصول قبضه حقيقة. فذلك قد تمنع منه موانع فهو مجهول . . (١) .

المطلب الرابع

تمديد أمد الخيار

يرى الزيدية أن للعاقدة أن يحدد مدة خيار الشرط عند مشارقتها على الانتهاء وتلك المسألة مبنية على مسألة أخرى هي صحة اشتراط الخيار بعد العقد . وإن هذه الصورة المبنى عليها منصوص عليها عند الحنفية ، ويقتضى ذلك تسوية ما بنى عليها . . ويشبه هذا ما ذكره الحنابلة من أنه لو شرط خيار يوم ، فمات أحدهما في أثناءه فزاد وارثه (وخيار الشرط موروث عندهم) مع العاقدة الآخر خيار يوم آخر جاز ذلك (٢) .

المطلب الخامس

التفاضل في مدة الخيار

لعل من البدهى جواز تفاوت المدة المشترطة لصالح كل من المتعاقدين كاشتراط يومين لأحدهما وثلاثة للآخر ، إذ ليس هناك مانع شرعى من هذا التفاضل في المدة . وباتهاء مدة أحدهما تطبق عليه وحده أحكام انتهاء المدة دون قسوخ ، ويبقى للآخر الحق في ممارسة خياره خلال المدة الزائدة له عن

(١) المغنى ٥٢٧/٣ - ٥٢٨ وتذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ والبحر الزخار ٣٤٩/٣ والمغنى ٣٥٠/٢ والجسوع ١٩١/٩ .

(٢) التاج المذهب ٤٠٨/٢ والفتاوى الهندية ٣٩/٣ . والمغنى ٤٦/٢ .

صاحبه . ومع عدم حاجة ذلك إلى نص قد تعرض له النوى وابن نجيم فقال كل منها « يصح تفاضلها في مدته »^(١) .

المطلب السادس البدء والغاية في مدة الخيار

ابتداء مدة الخيار :

سبق أن عددنا من شرائط قيام الخيار . اتصال المدة بالعقد متى تبدأ تلك المدة المتصلة بالعقد ، هل من لحظة عقده أم من انتهاء خيار المجلس (عند القائلين به) .

للسانفية في ذلك وجهان :

أحدهما - من حين العقد ، كالأجل ، لأنه مدة ملحقة بالعقد ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولا لأنه لا يعلم متى يفترقان . وهذا هو الأصح عند السانفية وأصح الوجهين لدى الحنابلة .

الثاني - من حين انقضاء خيار المجلس اما بالتخاير ، واما بالتفرق ، لأن ما قبل التفرق والتخاير قد ثبت فيه الخيار بالشرع فلا يثبت فيه بشرط الخيار .

وعلى هذا فإن شرطا الخيار من حين التفرق بطل البيع لأن وقت الخيار مجهول^(٢) وقد ذهب الطوسى من الامامية إلى أن مبدأ خيار الشرط هو انقضاء خيار المجلس بالتفرق . قال الحلبي : والأقرب أن المبدأ من حين العقد^(٣) .

أما الاجارة (وهى قد تتصل بالعقد وقد تراخى عنه بحسب الاتفاق) فالأصح أن ابتداء الخيار فيها من العقد أيضا فإن شرطا ابتداءه من

(١) المجموع ١٩٠/٩ البحر الرائق ٣/٣٤٩ .

(٢) المجموع ٢١٣/٩ - ٢١٤/٩ المغنى ٣/٥٢٩ .

(٣) تذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ الخلاف للطوسى ١/٥١٨ .

حين التفرق لم يصح إلا على الرواية القائلة بصحة الخيار المجهول^(١).

الغاية في الخيار :

إن شرطاً الخيار إلى الليل ، أو الغد (مثلاً) فقد اختلف في دخول الغاية في مدة الخيار وهي (الليل) و (الغد) ، على رأيين :

أحدهما : أنها تدخل في المدة ، وهو مذهب الحنفية ورواية للحنابلة .

والثاني : لا تدخل ، وهو مذهب الشافعية وأصح الروايين عند الحنابلة ، ومذهب الامامية^(٢) .

وتكفي هذه التبعة فإن مباحث الغاية مفصلة في علم الأصول عند التعرض لمعاني بعض الأدوات ، وكذلك في باب الوضوء من المطولات الفقهية .

قال النووي : وإذا قال : بعثك بشرط خيار يوم اقتضى إطلاقه اليوم الذي وقع فيه العقد . فإن كان العقد نصف النهار (مثلاً) ثبت له الخيار إلى أن يتصف النهار في اليوم الثاني ويدخل الليل . وإن كان في أول وقت العصر ثبت إلى مثله من اليوم الثاني وإن كان العقد في الليل ثبت إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل . ونحوه للامامية^(٣) .

(١) المغنى ٥٢٩/٣ .

(٢) البحر الرائق ٥/٦ والمجموع ٢٠٨/٩ وشرح الروض ٥٠/٢ والمغنى ٥٢٩/٣ والقواعد للبيهقي ١٤٥ .

وتذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ .

(٣) المجموع ٢٠٨/٩ الخلاف للطوسي ٥١٩/١ .

المبحث الثالث

شريطة الاتصال ، والموالة

المطلب الأول

اتصال المدة بالعقد

والمراد بالاتصال أن تبدأ مدة الخيار من فور إبرام العقد ، أى لا يتصور أن تراخى عنه ، فلو شرط المتعاقد أن الخيار ثلاثة أيام مثلا من آخر الشهر ، أو تبدأ من الغد ، أو تبدأ متى شاء . . أو شرط خيار الغد دون اليوم ، فسد العقد لمنافاته لمقتضاه والمراد بالمقتضى هنا : حصول آثاره مباشرة . هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة ، قال النووي « ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد . . . لا يجوز أن يشترط خيارا متراخيا عن العقد »^(١) لكن الحنفية لا يطلون هذا العقد لأنه يمكن تصحيحه نظرا لدهابهم إلى التفرقة بين البطلان والفساد ، والفاقد من العقود منعقد ومحتمل بعضه التصحيح ، وسبيل ذلك هنا اعتبار المدة الفاصلة بين العقد وبين المدة المحددة مشمولة بالشرط ، فقد ذكروا أن اشتراط خيار أيام غير متصلة بالعقد ، مثل ما لو كان العقد فى آخر رمضان واشترط خيار يومين بعد رمضان فهو جائز ، وله ثلاثة أيام (اليوم الآخر من رمضان واليومان مما بعده) . وهكذا يحمل كلامه على ارادة المدة المتصلة وما بعدها . أما إذا كان الاشتراط غير قابل للحمل على ذلك فهو عقد فاسد مستحق للفسخ بإرادة كل من العاقلين وإرادة القاضي ، ومثاله فى الصورة السابقة - عند الشافعية - ما لو ذكر أنه لا خيار له فى رمضان ، وله كذا يوما مما بعده فالعقد فاسد^(٢) .

وقد خالف فى اعتبار هذا الشرط الإمامية والإباضية . قال الحلي فى التذكرة : « الأقرب عندي أنه لا يشترط اتصال مدة شرط الخيار بالعقد »

(١) المجموع للنووى ١٩١/٩ والبيان ٣٠٠/٥ والمغنى ٥٠٢/٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ٣٩/٣ (نقلا عن فتاوى قاضىخان ١٨٣/٢) والبحر الرائق ٦/٠ .

ولكنهم جروا على أن اشتراط الخيار على اطلاقه يقتضى اتصال المدة بالعقد . وكذلك اشتراط خيار الغد دون اليوم يقتضى الاتصال فيكون لليوم والغد . (١) وقال الشماخي من الاباضية : « إن اشترط الليالي دون الأيام أو عكسه ، أو اشترط ثلاثة أيام معلومات في المستقبل ، فهذا كله جائز » وقال أبو ستة : ثم الظاهر أن تلك المدة التي قبل مجيء الخيار حكمها في الضمان والنفقة حكم الخيار ، فليحرر (٢) . وبهذا يكون الأمر بمثابة توسعة المدة لتشمل الفاصل . .

المطلب الثاني

موالاة مدة الخيار

يتبع شريطة الاتصال شريطة أخرى يمكن تسميتها « الموالاة » لأن المراد بها : تتابع أجزاء مدة الخيار . فلو شرط الخيار لمدة ثلاثة أيام على أنه يوما يثبت ويوما لا يثبت ففيه عند الحنابلة وجهان :

أحدهما - وهو اختيار أبي الوفاء بن عقيل : الصحة في اليوم الأول ، لإمكانه ، وبطلان فيما بعده ، لأن العقد إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى عدم اللزوم .

والوجه الآخر : (احتمال) بطلان الشرط كله ، لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام ، فإذا فسد في بعضه فسد جميعه (٣) .

المبحث الرابع

تحديد محل الخيار

يشترط أن يكون محل الخيار محددًا ، ويثور ذلك في حال تعدد المبيع واشتراط الخيار في أحد مشتملاته مع الخلو عن اشتراط خيار التعيين المقارن

(١) تذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ .

(٢) الايضاح للشماخي بمباشية أبي ستة ٢٩٤/٣ ونحوه في النيل ٥٢٦/٢ وشرحه .

(٣) المغني ٥٢٨/٣ .

الخيار الشرط . إذ لو لم يحدد محل الخيار ولم يشترط ما يسوغ له الاختيار لحصلت الجهالة المؤدية إلى التنازع (١) .

ومن هذا البيان يظهر أن هذه الشريطة من شرائط قيام الخيار خاصة بحالة تعدد المبيع ، كما أنه متسق مع الرأي الذي لا يرى تلازما بين خياري التعيين والشرط ، أما عند من يرى أن خيار التعيين يستلزم ثبوت خيار الشرط فلا محل له . لكن الشافعية والامامية ذهبوا إلى أن تعيين محل الخيار شرط أساسى على إطلاقه ، ذلك أنهم لا يرون مشروعية خيار التعيين ، ولذا نصوا على أنه لو باعه شيئين وشرط الخيار فى أحدهما لا بعينه لم يصح الشرط ولا العقد ، لأنه خيار مجهول المحل وغرر ، فيكون منفيا ، وقدروه بمثرتة ما لو باعه أحدهما لا بعينه (٢) .

المبحث الخامس

شرطة تعيين مستحق الخيار

مستحق الخيار أو صاحب الخيار هو ذلك الشخص الذى يكون إليه استعمال الخيار وممارسته سواء كان هو مشروطه أو حوّل إليه من العاقد الآخر ، وسواء كان طرفا فى العقد أم كان أجنبيا عنه . وإن لصاحب الخيار موطنه للحديث عنه بالتفصيل ، لكن المراد بحثه هنا هو أنه لا يصح تطرق الجهالة إلى مستحق الخيار ، فلو اتفق العاقدان على أن الخيار لأحدهما لا بعينه ، ولم يبين هل هو البائع أم المشتري أو تعاقدوا على أن يكون الخيار لشخص ما بعينه أحدهما فيما بعد أو لمن يشاء أحدهما ، فهذا كله فيه جهالة مفضية للتراجع . ولذا صرح ابن قدامة بأنه لا يصح ، لأنه مجهول ولأنه يفضى إلى التنازع (٣) لذا كان لا بدّ من تعيين مستحق الخيار تعيينا مشخصا أهو للبائع أو للمشتري ،

(١) المبسوط للرخسى ٦٧/١٣ .

(٢) المجموع للنووى ١٩٣/٩ وتذكرة الفقهاء ٥٢١/١ .

(٣) المتن ٤٩٩/٣ م ٢٧٨٠ والمجموع ٢٠٧/٩ وفيه أنه لو شرط الخيار لأحدهما دون الآخر في صحة البيع قولان ، الأصح : الصحة .

وكذلك تعيينه بالذات إن كان أجنبيا عن العقد وعدم الاكتفاء بذكر الصفة (مثلا) كقوله على أن يكون الخيار لأحد التجار أو الخبراء دون تحديد . .

وسيأتى عند بحث صاحب الخيار ما بقى من المسائل المتصلة بهذه الشريطة .

الفرع الخامس

مجال الخيار

(ما يثبت فيه خيار الشرط)

تمهيد :

خيار الشرط أوسع الخيارات مجالا ، ودائرة العقود التى يجرى فيها هى الكبرى لدى المقارنة بينه وبين الخيارات الأخرى . وبوجه عام يجرى خيار الشرط فى أكثر العقود المسماة ، ^(١) ويلحظ أن خيار المجلس - عند مثبته - هو الخيار الوحيد الذى يضاهى خيار الشرط يلزمه غالبا ، أو يقاربه فى سعة المجال .

وأول ما ينبغى الإشارة إليه أن خيار الشرط لا يثبت فى غير العقود ، فلا مجال له فى الإقاعات ، كالاقرار مثلا ، لأنه ليس عقدا . بالإضافة إلى أن الاقرار إخبار عن أمر مضى ولا معنى للخيار فيه (والعقود للانشاء) فلو شرط فيه الخيار فالأقرار صحيح والخيار باطل عند الحنفية ، لأن الخيار فى معنى التعليق ، والاقرار لا يحتتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتتمل التعليق بالخيار . وعلى هذا الشافعية والامامية « لأن مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل ، وقد وجد فى العقود من جهة مشروعية الاقالة . . بخلاف الإقاعات فانه لم يعهد من الشارح تجوز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك

(١) المبسوط للسرخسى ١٩٨/١٧ والمجموع ٢٠٦/٩ والمعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم ١٠٨

فيها . وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سببا بناء على أن اللزوم فى الايقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة » (١) .

المبحث الأول

ضابط مجال خيار الشرط

ثم ان العقود التى يمكن فيها وقوع خيار الشرط هى العقود اللازمة القابلة للفسخ ، لأن فائدته انما تظهر فيها فقط . أما العقود غير اللازمة فهى بما تتصف به من طبيعة عدم اللزوم لا فائدة لاشتراط خيار فيها . وأما العقود التى لا تقبل الفسخ فيتعذر قيام الخيار فيها لأنه يناقض طبيعتها .

ولتفصيل العقود اللازمة القابلة للفسخ لابد من استعراض العقود عامة من حيث صلتها بخيار الشرط فهى بالنظر إلى اللزوم والفسخ تنقسم إلى ثلاث رمز (٢) .

الأولى : عقود ممتنعة الفسخ بطبيعتها كالزواج والخلع (بالنظر إلى جهة الرجل) والصلح عن الدم . فأمثال هذه العقود لا معنى لدخول الخيار فيها ، لأنها غير قابلة للفسخ وفائدة خيار الشرط هى التحكك من الفسخ ، وهو هنا متعذر ، أو كما قال ابن قدامة : هى لازمة لا يقصد بها العوض ، لأن الخيار انما يثبت لمعرفة كون الحظ فى كون العوض جابرا لما يذهب من ماله والعوض ها هنا ليس المقصود » (٣) .

(١) المكاسب ٢٣٣ .

(٢) أنى بهذا التقسيم الشيخ أحمد ابراهيم فى المعاملات الشرعية ص ١٠٧ وأضيفت إليه أمثلة من تقسيم للعقود بحسب اللزوم ، فى القواعد للعرين عبد السلام (١٢٥/ ٢) ويرجع فى التصرفات التى تختمل الفسخ أولا تحتمله إلى الهداية ٢٣/٣ والوجيز ١٤٠/١ والمحل ٣٥١/٨ والمقنع لابن قدامة ٦٣/٢ .

(٣) المجموع ١٧٥/٩ قواعد الأحكام للعرين عبد السلام ١٢٥/٢ والمعاملات الشرعية للشيخ أحمد ابراهيم ١٠٨ والمدخل الفقهى ١٩٧/ف/١ وتذكرة الفقهاء ٥١٦/١ والمغنى ٥٥٥/٣ م ٢٧٩٤ .

الثانية : عقود غير لازمة :

وهي العقود التي يحق لكل واحد من الطرفين أو لأحدهما - الانفراد بفسخها وتسمى أيضا عقودا جائزة ، والجواز هنا مقابل اللزوم ، مثل الوكالة ، والشركات (ومنها المضاربة وهي القراض) ، والجعالة ، والاعارة ، والايدياع ، وكذلك الرهن (بالنسبة للمرتهن) ، والوصية (بالنسبة للموصى) ، والكفالة (بالنسبة للمكفول) . ولا مدخل لخيار الشرط في هذه الزمرة أيضا ، لأن الخيار إنما يكون لتحصيل ما لا يمكن الحصول عليه بدونه فثبوته فيها - وهي ممكنة الفسخ - عبث ، والتشريع متره عنه .

الثالثة : العقود اللازمة القابلة للفسخ :

وهي العقود التي يمكن فسخها ، ولكن لا يحق لأحد من الطرفين الاستقلال بالفسخ ، فشرع الخيار لاعطاء هذا الحق لمشرطه ، وذلك كالبيع ، والصلح عن مال بمال والاجارة والقسمة فهذه الزمرة هي المجال الاساسى لخيار الشرط ، فهو يثبت فيها جميعا عدا استثناءات بسيطة .

ومن هذا التقسيم فى العقود استخلص الحنفية ضابطا لما يثبت فيه خيار الشرط منه وهو : كل عقد لازم قابل للفسخ ، بعد استثناء الصرف والمسلم وبيع الربوى بجنسه . والعقود التي يشملها ذلك (بأوسع المذاهب اعتبارا ، مع الاشارة لنوى الخلاف) هي : البيع - الاجارة ، وقيدها الشافعية والحنابلة بالتى فى الذمة - المساقاة - المزارعة - القسمة ، وقيدها الشافعية بحالة وجود رد فيها لا فى قسمة الاجبار - الصلح عن مال وهو صلح المعاوضة - الكفالة ، خلافا للحنابلة - الحوالة ، خلافا للشافعية والمالكية والحنابلة - الابرء ، خلافا للشافعية - تسليم الشفعة بعد الطلبين : طلب الموازنة ، وطلب الاشهاد ، خلافا للمالكية والشافعية والحنابلة - الرهن بالنسبة

للاهرن (المدين) والخلع بالنسبة للزوجة - والوقف ، عند أبى يوسف -
والاقالة ، خلافا للشافعية .. (١) .

هذا ، وقد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية - فيما اختاره من فقه
الحنابلة وغيرهم - إلى أن خيار الشرط يثبت فى كل العقود (٢) . ولعل المراد
العقود اللازمة .

وعند الامامية أيضا قول ذهب إليه الحلّى فى تذكرة الفقهاء قائلا
والأقرب عندى دخول خيار الشرط فى كل عقد معاوضة ، خلافا للجمهور .
قال الأنصارى فى كتاب المكاسب : ومراده ما يكون لازما لأنه صرّح بعدم
دخوله فى الوكالة والجعالة والقراض والعارية والوديعة ، لأن الخيار لكل منهما
دائما فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه ..
ثم قال : بل الظاهر المصرّح به فى كلمات جماعة دخوله فى غير
المعاوضات من العقود اللازمة ولو من طرف واحد (٣) .

المبحث الثانى

تطبيق الضابط فى بعض العقود

ولايد من التعرض لبعض العقود التى لها تجاه خيار الشرط شأن
خاص ثبوتا أو امتناعا ، وما فى هذين من تعليل أو تقييد ، بالنظر إلى الضابط
المذكور وهو ثبوته فى كل عقد لازم للفسخ :

(١) والبحره الرائق وحاشيته لابن عابدين ٦/ ٤ الاشياء والنظائر لابن نجيم ٣٢٧/١ وقد نظم ابن عابدين فى حواشيه
على البحر ما يثبت فيه خيار الشرط ، مستنكا على عمر بن نجيم فقال :

ويصح ، وإبراء ، ووقف ، كفالة	يصح خيار الشرط فى ترك شفعة ،
وصلح عن الأموال ، ثم الحوالة	وفى قسمة ، خلع ، وعتق ، اقالة
وزيد مساقاة ، مزاولة لسه	مكاتبية ، رهن ، كذلك ابسارة ،

(٢) الاختيارات ، لبلر الدين البعلى (جمع فيه ما اختاره ابن تيمية فى الفقه) ص ٧٣ - ٧٤ مطبوع عقب
الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية ، طبع مصر .

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٧١/٥ والمكاسب ٢٣٣ .

(أ) البيع : هو المجال الأساسي لخيار الشرط ، وهذا إذا تناولنا البيع بمفهومه الخاص الذي هو بيع دين بدين ، وعكسه بحيث يقتصر على البيع والمقايضة من غير تناول بيع الدين بالدين (السلم) وبيع الثمن بالثمن (الصرف) ونحوه بيع الربوى بجنسه أما إذا تناولناه بالمعنى العام الشامل فيستثنى منه بعض أفراده كما سيأتي . وجريان الخيار في البيع اتفاقي ، لأنه هو العقد الذي وردت فيه اخبار مشروعيته ، والبيع عقد لازم قابل للفسخ (بطريق الاقالة) فهو يقبل الفسخ بخيار الشرط . بل يدخل الخيار في البيع الفاسد كما هو نص الهداية للمرغيناني ، كما لا فرق بين كون البيع بيع مساومة أو بيع أمانة كالمراصة وأخواتها . (١) .

أما المستثنيات من البيع فهي : السلم والصرف وبيع الربوى بجنسه وقد عبر عنها بعض الحنابلة بقوله : كل بيع قبض عوضه شرط لصحة العقد (٢) ، وهي عقود يبطلها خيار الشرط إن لم يحصل إسقاطه في المجلس قبل التفرق (٣) وقد نبه ابن عابدين على أن استثناء السلم والصرف محل بالضابط وهو ثبوته في العقد اللازم المحتمل للفسخ فيها كذلك (٤) .

(ب) السلم : بالرغم من أنه عقد لازم قابل للفسخ ، لا يثبت فيه خيار الشرط لأن قبض رأس المال واجب في المجلس لورود النهي من الشارع عن بيع الدين بالدين (أو الكالي بالكالي) ولا صحة للقبض الآ في الملك ، وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض ، فلذا اشترط في عقد السلم : أن يكون باتا عاريا عن شرط الخيار . وقد ورد خيار الشرط في بيع العين فبقي ما وراءه على أصل المنع ، والخيار شرع لدفع الغبن ، والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن ، لأنه بيع المفاليس فلم يكن في

(١) الهداية ٣٦٧/٥ بهامش الفتح .

(٢) القنع وحواشيه ٣٥/٢ .

(٣) المتبرع المختار شرح الأزهار ١٠٤/٣ والبدائع ٢٠١/٥ .

(٤) حواشى ابن عابدين على البحر ٤/٦ .

معنى مورد النص ^(١) . وقد ذهب المالكية إلى جوازه فى السلم إلى أجل قصير ، وكذلك ذهب الامامية إلى ثبوته فى السلم ^(٢) .

(ج) **الصرف** ، ويبيع الربوى بالربوى : وذلك لأن من شرائط صحتها تقابض البدلين ، ووقوع الخيار فيها « يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ، فيمنع صحة القبض » أى لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه (على الرايين) وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين . فإذا أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا فقد افترقا عن قبض تام فيصح الصرف ^(٣) .

وقد خالف فيه الامامية فقد جزم الحلّى فى التذكرة بدخوله فى الصرف ، وإن استشكله أولا ^(٤) . ويدخله خيار الشرط عند الزيدية لكن يبطل السلم ! ^(٥) .

(د) **الاجارة** : وقد قيدها الشافعية والحنابلة بالتي فى الذمة ، أما الاجارة المعينة فدخلها الخيار إذا كانت لمدة غير تالية للعقد . أما إن كانت لمدة تبدأ من فور العقد فلا يصح شرط الخيار فيها ، لأنه يُقضى إلى فوات بعض المنافع ، أو إلى استيفائها فى مدة الخيار ، وكلاهما غير جائز وفى وجه للحنابلة : تجوز فى المدة التالية للعقد أيضا ، فإن فسخ رجع بقيمة المنافع ^(٦) . وذهب الامامية إلى دخوله فى نوعى الاجارة : المعينة اتفاقا ،

(١) البدائع ٢٠١/٥ العملات الشرعية ١٠٧ المبسوط ١٤/٢٤ المتن وحواشيه ٣٥/٢ المجموع ١٩٢/٩ المغنى ٥٣١/٣ .

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والدونة ٢١/١٠ والمواق ٤٢٢/٤ والمقدمات لابن رشد ١٩٠/٢ وذلك لقوله بجواز (٣) ترانخى قبض رأس المال عن المجلس إلى أجل قصير .

(٤) البدائع ٢٠١/٥ وفتح القدير ٣٦٧/٥ والمبسوط ٢٣/١٤ والمجموع ١٧٧/٩ و١٩٢ والمغنى ٥٣١/٣ وشرح (٥) مرشد الحيران ١٨٨/١ .

تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمكاسب ٢٣٤ .

(٦) شرح الأزهار ١٠٤/٣ .

البدائع ٢٠١/٥ والمجموع ١٩٢/٩ والمغنى ٥٣١/٣ .

والتي في النمة على ما اختاره الطوسي (١).

هـ - الحوالة : بالرغم من الاتفاق على أن الحوالة عقد لازم ، فقد اختلف في قبولها خيار الشرط على رأيين :

الأول : تقبله ، وعليه الحنفية والامامية - رغم تصريحهم بأن الحوالة عقد لازم - فيجوز عندهم اشتراط الخيار في الحوالة لكل من المحال أو المحال عليه - وهما اللذان يجب رضاها في عقدھا ، أما المحيل - ورضاه غير واجب في الأصح - فليس له اشتراط الخيار أصالة أى باعتباره طرفا في العقد ، أما ان اشترط له كما يشترط لأجنبي من قبل أحد العاقدین بأن اشترطه له المحال أو المحال عليه فيجوز ولكن تطبق أحكام الاشتراط لأجنبي وهي ثبوته له على وجه النيابة فيكون له وللمشترط .

الثاني : عدم قبولها خيار الشرط ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة ، لأن عقد الحوالة لم يبن على المغابنة . وذكر ابن قدامة احتمالا بشبوته فيها ، لأنها معاوضة يقصد فيها العوض (٢) .

و- القسمة : اختلف الرأي فيها بحسب النظر إليها هل هي بيع ، كما قال الحنفية ، أم هي تمييز حقوق كما يرى الشافعية والحنابلة والزيدية ، ومفاد مذهب المالكية والاباضية . ومن أثبت خيار الشرط فيها من الحنابلة احتج بأن خيار الشرط لم يشرع خاصا بالبيع ، بل هو للتروى وتبين أرشد الأمرين ، وهذا المعنى موجود في القسمة .

والقسمة أنواع : قسمة الأجناس المختلفة ، وهي قسمة تراض لا لإجبار فيها - وقسمة الجنس الواحد من المثليات ، وهي تقبل الإجبار ولا يدخلها خيار الشرط - وقسمة الجنس الواحد من القيميات كالبقرة والغنم أو

(١) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والخلاف للطوسي ٥٠٩/١ .

(٢) البحر الرائق ٢٧٢/٤ ورد المختار ٤٨/٤ والمهلب ٣٣٨/١ والمغنى ٥٤/٥ والمتنع وحواشيه ٣٤/٢ والروضة البية ٣٦٦/١ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ .

الثياب من جنس واحد وهى تقبل الإجبار ويدخلها خيار الشرط على الصحيح المفتى به (١) .

ز - الكفالة : يدخلها خيار الشرط عند الحنفية والامامية خلافا للالكية والشافعية والحنابلة والكفالة خصيصة فى باب خيار الشرط من حيث التوقيت إذ يجوز فيها أكثر من ثلاثة أيام عند أبى حنيفة خلافا لمذهبه فى اشتراط التحديد بالثلاث ، لأن الكفالة عقد مبنى على التوسع (٢)

(ح) الوقف : وذلك عند أبى يوسف ، فقد ذهب إلى أن الواقف إذا شرط فى الوقف الخيار لنفسه مدة معلومة جاز الوقف والشرط ، وأما عند محمد ، فالوقف باطل وشرط الخيار فاسد وهو قول الشافعى وأحمد (٣) ونحوه للزبدية .

والعلة فيما ذهب إليه أبو يوسف - على ما صوره السرخسى وتابعه صاحب العناية - أن جعل غلة الوقف للواقف مادام حيًا جائز عند أبى يوسف - خلافا لمحمد - فلما جاز للواقف أن يستثنى الغلة لنفسه مادام حيًا جاز له أن يشترط الخيار لنفسه أيضا .

أما ابن الهمام فقد ذهب إلى تعليل آخر ، ربما كان أقوم قليلا ، فالمسألة عنده مبنية على أصل آخر مختلف فيه بين الصاحبين هو شرط التسليم ، فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف - ولم يكتف بمجرد القول لزوال ملكه عن الموقوف كما قال ابو يوسف - فشرط القبض يفوت باشتراط الخيار لأنه لا يتصور معه تمام القبض ، وعلى ما ذهب إليه أبو يوسف من عدم اشتراط القبض انبنى عليه جواز شرط الخيار عنده ولكن اتفق الصاحبان على

(١) رد المحتار ١٦٧/٥ وجامع الفصولين ٢٤٣/١ ولفظة السالك ٢٣٨/٢ والمبوتة ١٤/١٩٨ ومغنى المحتاج ٤٢٤/٤ والقواعد لابن رجب ٤١٣ والبحر الزخار ١٠٤/٤ .

(٢) المبسوط ١٧٧/٩ المجموع ١٧٧/٩ وكشاف القناع ٢٠٣/٣ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٣) رد المحتار ٣٦٠/٣ المغنى ٥٣١/٣ البحر الرائق ٤/٦ المجموع ١٧٧/٩ وكشاف القناع ٢٠٣/٣ الاشباة بعاشية الحموى ١/٣٢٨ .

أنه لو شرط الخيار في وقف المسجد يفسد الشرط ويتم الوقف بناء على استثناء المسجد من شرط القبض عند محمد .

وأما ذهاب محمد إلى أن شرط الخيار في الوقف مفسد ، وكان ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ، على ما قال الهندواني ، فقد أجاب هو نفسه بأن محمدا يقول بتام الرضا والقبض ومع شرط الخيار لا يتم ذلك فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف . بل ذهب محمد أيضا إلى أن إبطال شرط الخيار لا يصحح الوقف - خلافا للمحال في البيع - وقد جاء تعليقه في فتاوى قاضيخان ^(١) بأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا والخيار يمنع التأبید ، وكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد ، فكان المفسد قويا مانعا لجواز العقد ، وليس الأمر كذلك في عقد البيع مع خيار مجهول مثلا ، لأن الفساد ليس في صلب العقد ، فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز .

وذكر الخصاف وهلال الرأي بطلان اشتراط الخيار في الوقف بأن يكون إبطاله له أو لأجنبي متى بدا له ^(٢) . والحنابلة والامامية على امتناع شرط الخيار في الوقف ^(٣) .

المبحث الثالث

مناقشة دعوى تطور مجال الخيار

تسميا للمبحث في مجال خيار الشرط رأيت التعرض لعبارة وقفت عليها للأستاذ شفيق أيوب في دراسته لخيار الشرط في المذهب الحنفي قال فيها عن العقود التي يجري فيها الخيار : فهي أربعة عند السمرقندي ، وثمانية عند ابن

(١) ونقله صاحب النائية دون عزو أما ابن الممام فزاه (فتح التدبير وبهامشه العناية ٤٤١/٥) .

(٢) كتاب الوقف للخصاف ١٢٦ ، كتاب أحكام الوقف لهلال الرأي ٨٤ (طبع المند) كتاب الوقف للشيخ

عشوب ٢٨ الاسطاف في أحكام الأوقاف للشيخ محمد قنري ١١ .

(٣) المغنى ٥٣١/٣ .

قاضى سماوة وخمسة عشر عند ابن نجيم . ثم قال : « ويبدو أن الأمر قد تطور على مر الزمن » !

والتطور الذى ذكره الكاتب ، ان كان أراد منه تطويع الشريعة بحسب الأهواء وتبديلها على تمادى الزمن لاعتبارات طارئة فذلك لا نجد له موطئ قدم فى الفقه الاسلامى لأنه تشريع سماوى ليس للفقهاء فيه الاستنباط الأحكام من دلالة النصوص أو القياس على علها . ولئن كانت بعض المسائل متأخرة الاستنباط بحسب التوقيت الزمنى للحاجة إليها فتلك مرونة فى الفقه وسعة فيه لما اختصت به مبادئ السماوية ، وليس تبديلا لأحكامه بحسب الهوى والرغبات ولا تقلبا فى أطوار كما حدث ولا يزال يحدث فى الشرائع الوضعية .

ثم ان هذه المسألة مما لا يصح فيها إطلاق هذا الحكم - مهما كان المراد منه - لأنها تتصل بطبيعة الخيار وملاءمته لنوع معين من العقود وليست طبيعة الخيار ولا صفة تلك العقود موضع تبدل وتطور حتى يسمى مثل ذلك تطورا ، وليس خيار الشرط مما ابتنى على العرف حتى تدار أحكامه عليه ، بل هو متصل بحكم العقد لزوما وجوازا وقبولا للفسخ فالعقد اللازم القابل للفسخ يجرى فيه خيار الشرط . وكيف يكون عقد ما فى فترة غير قابل للفسخ ثم يقبل الفسخ ، إن مقتضى ذلك أن العقد نفسه أيضا تطور وهو أمر متعذر فى تشريع سماوى انقطع وحيه . كل ما فى الأمر أن المصنفات الفقهية تتفاوت فى توفية الأبحاث حقها ، فبعضها يقتصر على المهم أو الأشهر أو السالم من الخلاف وبعضها - وخاصة كتب المتأخرين - مولع بالتبع والجمع والاستيعاب .

وهذا يغنينا عن التطويل فى مناقشة العبارة المذكورة لأنه ينطبق بجلاء على مقارنة عبارة ابن قاضى سماوة بعبارة ابن نجيم ، لأن ابن نجيم نقل عبارة جامع الفصولين لابن قاضى سماوة حرفيا - وهى مشتملة على ثمانية عقود - ثم

أضاف إليها سبعة أخرى يلوح في عباراتها جهد التتبع والتنقيب عنها في مراجع سابقة متقدمة في التأليف على عهد ابن نجيم - بل على عهد ابن قاضي سبابة - نفسه - بأزمان طويلة . فأول ما زاده ابن نجيم الإشارة إلى جواز اشتراط الخيار للراهن لا للمرتهن ، ولعل من قبله تركه لعدم صلوحه للعاقدين بل لأحدهما وهو الراهن . ثم جاء فيما زاده : الإبراء وتسليم الشفعة متقولين عن فخر الاسلام ، وعصره قبل ابن قاضي سبابة نفسه ، لكن إضافته كانت ثمرة تتبع ابن نجيم وغوصه . ثم زاد (الوقف) ونص على أنه قول أبي يوسف ، فقيه إذن خلاف يظهره لتاركه ذكره عندهم ، ثم قال ابن نجيم : « وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة (أى المساواة) لأنها اجارة » فيها إذن مما يندرج تحت الاجارة المذكورة باتفاق . ولم يبق مما أضافه ابن نجيم ويعتبر زيادة محضة الآ الكفالة والحوالة ، ولعل الملحظ عند من ترك ذكرهما أنها ليست لها أهمية العقود الأخرى ، لأنها عقدان للتوثيق وحفظ الحقوق ، ويندرج فيها اشتراط الخيار لأنه يضعف الغرض منها كما هو ظاهر .

ولم يقتصر التنقيب على صنيع زين الدين بن نجيم وحده ، بل شاركه فيه آخرون منهم أخوه عمر بن نجيم صاحب «النهر الفائق» فقد زاد في كتابه : الاقالة ناقلا ذلك عن الفتاوى البزازية لابن البزاز (المتوفى سنة ٨٢٧ هـ) وهو سابق لابن نجيم ، فلو كان تطورا لما احتاج صاحب النهر للاعتدال على ذلك المرجع ولجاء به من عنده .

أما عبارة أبي الليث التي استشهد بها الأستاذ أيوب من كتاب خزانة الفقه من مخطوطته بدار الكتب المصرية ، فقد لبثت مدة أحملها على الحمل العام الذى لا بد من التعويل عليه فى أى مقارنة تجرى بين كتاب متقدم وآخر متأخر ، لكن أسلوب الحصر الذى جاءت به عبارة أبي الليث ظل يستظر مزيدا من التأمل حتى عثرت على كتابه « خزانة الفقه » بعد أن طبع (١) ، فإذا

(١) طبع فى بغداد بنطيق الدكتور صلاح الدين التامى ، والنص فى صفحة ٢٩٩ .

بهذه العبارة قد سيقّت في كتاب الأستاذ شفيق أيوب على غير مساقها في كتاب المؤلف أبي الليث فقد نقلها الكاتب على أنها من باب (الخيار)^(١) بلفظ « الخيار لا يثبت إلا في أربعة أشياء : البيع . الاجارة . القسمة . الصلح . من دعوى المال على شيء بعينه » وهذا النص نفسه جاء في كتاب أبي الليث تحت عنوان (خيار الرؤية) بالعبارة الحرفية التالية « أما خيار الرؤية فلا يثبت إلا في أربعة أشياء ، في البيع والاجارة والقسمة والصلح من دعوى المال على شيء بعينه » . فهو متعلق بخيار الرؤية ولا صلة له بالبتة بخيار الشرط . ويقف الناظر حيران كيف وقع هذا الوهم الغريب العجيب ، وكيف استشرى في الوصول إلى نتيجة خطيرة لا تتفق ومناهج الاستنباط في الشريعة .

الفرع السادس

صاحب الخيار

المبحث الأول

اشتراط الخيار للمتعاقدین

لقد رأينا أنه لا بد أن يشتمل العقد على بيان شاف لمن يكون له الخيار من المتعاقدين حذرا من الجهالة المنافية لصحة العقد لافضائها إلى التنازع ، ورأينا أنه لو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لا يصح للسبب المذكور إذ يدعى كل منهما أنه المستحق للخيار وقد جاء النص على هذا عن الشافعية والحنابلة ، مع غناه عن البيان اعتمادا على الأصول العامة^(٢) . ومن المقرر أن خيار الشرط يصح اشتراطه لأى واحد من المتعاقدين أو لكليهما (في البيع مثلا : للبائع والمشتري) . وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، ولا يعرف في

(١) هذا التيوب حين يطلق ينصرف إلى خيار الشرط ، لكن العنوان كثيرا ما يجتزأ اعتمادا على ما يفصل تحته أو على السياق كما هنا .

(٢) الشرح الكبير على المقنع ٦٩/٤ .

ذلك خلاف ، إلا ما روى عن سفيان الثوري وابن شبرمة من أنه يختص بالمشتري وليس للبائع أن يشترطه لنفسه (ومقتضى هذا النقل عنها أن مجال الخيار عندهما هو عقد البيع فقط) وعند هذين إذا اشترطه البائع فسد العقد (١) .

وما ذكر من الاستدلال لها أن مقتضى النظر منع الخيار مطلقا - كما هو الحال في العقد المعلق على أمر مستقبل - فلما ورد الشرع بجوازه للمشتري اقتصر عليه - تخفيفا لمخالفة الأصول المقتضية منع الخيار - وبقي البائع على المنع وقد ردوا على هذا الاستدلال بأن الصواب ثبوته للبائع. أيضا قياسا له على المشتري . . وأجاد ابن الهمام أيضا في رده على هذا المذهب بأن في حديث حبان : « إذا بايعت » ولفظ (التابع) يشمل البائع والمشتري (٢) . وهذا لا يستقيم إلا على القول بعموم حديث حبان ، وقد سبق الكلام عنه .

وفي اشتراطه للعاقدين أو أحدهما لا فرق أن ينشأ الاشتراط من العاقد لنفسه أو منه للعاقد الآخر وهو أمر يحصل كثيرا إذ يجعل البائع الخيار للمشتري كما لو قال البائع بعت لك هذا الشيء على أنك بالخيار فإذا صدر القبول من المشتري كان الخيار له ، وثبت الخيار لمن اشترط له وحده دون العاقد المشترط إلا إذا شرطه لنفسه أيضا ورضي الآخر (٣) .

المبحث الثاني

اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد

فضلا عن صحة اشتراط الخيار للعاقدين يصح اشتراطه لأجنبي ، سواء وقع الاشتراط منهما ، أو من أحدهما ، وسواء كان الأجنبي المشترط له الخيار شخصا واحدا للعاقدين كليهما أو كان عن كل منهما شخص غير من

(١) المحل ٣٧٠/٨ م ١٤٢٠ مكرر والمغنى ٣/٢٤٤ ط ٤ فتح القدير ٥/٥٠٠ .

(٢) البحر الزخار ٣/٣٤٨ وفتح القدير ٥/٥٠٠ .

(٣) رد المختار ٤/٥٨ والمدخل إلى الفقه الاسلامي للدكتور مصطفى شلى ٤٧١ .

اشترطه الآخر ، على ما نص عليه الشافعية وهو غير محتاج إلى نص عن غيرهم لأن دلائل الجواز تشمله .

وأصل هذا الحكم (صحة الاشتراط لأجنى) موضع اتفاق بين المذاهب الأربعة وعليه الزيدية والامامية والاباضية على أن يكون المجهول له الخيار ممن يجوز قوله - لا كالطفل غير المميز - والأبطل الخيار ثم تختلف المذاهب في نتيجة جعل الخيار لأجنى كما سيأتى تفصيله (١) .

ومستند هذا الحكم عند الحنفية الاستحسان ، فهو على خلاف القياس ، ولذا خالف فيه زفر مستدلاً بأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغير العاقلين ، كما لا يجوز اشتراط ملك المبيع لغير المشتري وهو أيضاً تعليق لانبرام العقد أو انفساخه على فعل الغير والمبيع لا يحتمل ذلك ، كما أن القول بمنعه فيه مشاكلة لما عليه الحال في خيار الرؤية وخيار العيب حيث لا يكونان لأجنى .

واستدل القائلون بالجواز بأن ثبوته بالاستحسان لمسيس الحاجة إليه ، لأن فيه مصلحة ظاهرة حين يكون المتعاقد قليل الخبرة بالأشياء ويخشى الوقوع في الغبن فيلجأ إلى من هو أبصر منه ويفوض إليه الخيار . وفضلاً عن هذا ان ثبوت الخيار للأجنى ليس أصالة بل هو بطريق النيابة عن العاقد الذى جعله له - على ما ذهب إليه الحنفية والجمهور - فيقدر الخيار للعاقد اقتضاء ثم يجعل الأجنى نائباً عنه ، تصحيحاً لتصرف العاقد (٢) .

وقد تعرض الشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن من صور اشتراط الخيار للأجنى اشتراطه لحل الخيار (المبيع نفسه مثلاً) وذلك إذا كان المبيع من أهل الاستحقاق ، والتطبيق الوحيد لهذا يختص بالرقيق لإتاحة الفرصة له بالبقاء

(١) فتح القدير ٥١٦/٥ والبدائع ١٧٤/٥ والمجموع ١٩٦/٩ وبداية المجتهد ٢١٢/٢ وشرح النيل ٥٥١/٤ وفى منى المحتاج ٤٦/٢ ونهاية المحتاج ٥/٤ وأنه يشترط البلوغ فى الأجنى المجهول له الخيار ، وفى حاشية الجمل على شرح التهج ١١١/٢ توجيه اشتراط الرشد فى ذلك الأجنى .

(٢) البدائع ١٧٤/٥ وفتح القدير ٥١٦/٥ - ٥١٧ ورد المختار ٥٨/٤ .

عند سيده إذا اختار فسخ العقد وهو جائز لدى الشافعية في أوضح القولين ،
والحنابلة أيضا ، والدليل لصحته أنه بمنزلة الأجنبي عن العقد فأشبهه
غيره (١) .

فإذا جعل الخيار لأجنبي ، فما هي صفة هذا الجعل ؟ وما أثره ؟
للفقهاء في هذه المسألة وجهتان :

أحلاهما : أنه يعتبر بمثابة توكيل لغيره يقتضى ثبوت الخيار لنفسه ،
فالخيار للعاقدة والأجنبي معا . وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية
والاباضية (وفي كيفية التوفيق بين اختلاف استعمالها للخيار أربعة أقوال ترى
في محلها) وقد ذكر الإمام المهدى من الزيدية أن ثبوته للأجنبي وحده دون
العاقدة مما لا يعقل لعدم العلة بين قضية التعاقد وبين الأجنبي ، فصلته نشأت
بطريق النيابة فيكون شرطه للأجنبي متضمنا ثبوته للعاقدة الذى ناطه
بالأجنبي ، بل ان الحنابلة جعلوا الخيار لها أيضا فيما لو قصر العاقدة الخيار على
الأجنبي وقال : هو له دونى ، وذهب ابو يعلى منهم إلى أنه حينئذ لا
يصح (٢) .

الوجهة الأخرى : أنه يثبت للأجنبي وحده وهو الأصح عند
الشافعية ومذهب الامامية وقالوا ان جعل الخيار للأجنبي تفويض - أو
تحكيم - لا توكيل وفي صورة اشتراطه للأجنبي مقصورا عليه دون العاقدة
يكون للأجنبي وحده اتباعا للشرط واقتصارا عليه وهو أصح الوجهين ومثله
ذهب الامامية ، وأردف الشافعية والامامية هذه المسألة بما يعود عليها بالنقض
ففي مذهبه لو مات الأجنبي عاد خيار الشرط إلى العاقدة فكان الثابت
للأجنبي إيقاع الأثر ليس عين الخيار ولذا لم ينتقل لوارثه والعلة فيه الفرق

(١) المجموع ١٩٦/٩ والمغنى ٥٢٥/٣ والبحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٢) البحر الزخار ٣٤٩/٣ البدائع ١٧٤/٥ المجموع ١٩٦/٩ المغنى والشرح الكبير ١٠٠/٤ كشاف القناع

٢٠٤/٢ المقدمات ٥٦٠ تذكرة الفقهاء ٥٢١/١ الروضة البهية ٣٢٢/١ شرح التل ٥٥١/٤ .

بالعقد ، وهذا الحكم والتعليل يشدان المسألة إلى مذهب الجمهور القائلين باقتضاء الاشتراط للأجنى ثبوت الخيار للعقد وذلك فيما يبدو هو المتفق وطبيعة إثبات الخيار للأجنى والغرض منه ، فهو ليس توكيلا بالعقد ، بل صورة من الاستعانة برأيه ^(١) .

وهل يشترط قبول الأجنى المشترط له الخيار أم يكون أمثاله قبولاً ؟ إلى هذا الثانى ذهب الشافعية شريطة أن لا يصرح بالرد ^(٢) .

وأخيراً فقد ذكر الشافعية أنه ليس على الأجنى المجهول له الخيار أن يختار الأصح ، بل يرجع ذلك إلى مطلق مشيئته وبعبارة الفقهاء : ليس عليه رعاية الأحظ ^(٣) . وقد عارض فى ذلك النووى - بحق ووجاهة رأى - لأن جعل الخيار للأجنى إتهان له ، ومن حق الأمانات أن تؤدى أداء حسناً ، والأفكان عليه أن يأبى حمل تلك الأمانة ويشفق منها .

الأجنى ليس صاحب الخيار :

المراد من شرط الخيار للأجنى ليس أن يغدو هو صاحب الخيار ، بل أن ينتقل إليه فائدة الخيار التى هى الفسخ والاجازة أما الخيار فهو باق لصاحبه . وقد نبه إلى هذا من الشافعية : الجمل فى حاشيته على المنهج ثم قال : وبدل لذلك صريحاً أمور : قول الروضة : شرط الخيار للأجنى مبطل للعقد على الأظهر ، ومنها قول البغوى : لو كان بائع الصيد محرماً ، أو كان بائع العبد المسلم كافراً لم يجز شرط الخيار لنفسه . ومنها : عدم إرث الخيار عن الأجنى لو مات ، أو نقله لوليه إن جن مثلاً . ومنها : ملك المبيع فى زمن الخيار إذ لا قائل بأنه للأجنى ، وهذا هو الذى يتجه المصير إليه ولا يجوز

(١) الروضة البهية ٣٢٣/١ المجموع ١٩٧/٩ شرح الروضة ٥٢/٢ نهاية المحتاج ١٤/٤ .

(٢) المجموع ١٩٦/٩ .

(٣) شرح الروض للقاضى زكريا الأنصارى ٥٢/٢ ومغنى المحتاج ٤٦/٢ .

العدول عنه . وقولهم : ليس لشارطه للأجنى خيار ، أى إيقاع أثر ، كما علم . وبهذا يعلم أنه لا حاجة لقولهم « انه تملك أو توكل » المبني عليه مسألة العبد والصيد المذكورتين الآ من حيث إيقاع الأثر المذكور (١) .

وذكر القاضى زكريا أنه فى اشتراط الخيار للأجنى : لا يثبت للشارط اقتصارا على الشرط الآ ان مات الأجنى فيثبت للشارط (٢) .

المبحث الثالث

شرط الاستئثار (أو المؤامرة) (٣) أو المشورة

مما يتصل بمعرفة صاحب الخيار قضية اشتراط مشورة فلان من الناس ، أو استئثاره أى معرفة أمره وامثاله فذهب المالكية إلى أن لكل من المستأثر والمستأثر الاستقلال فى الرد والامضاء (بخلاف ما لو كان على خياره ورضاه فلا استقلال له دون من شرط له وهذا فى المشورة المطلقة ، أما إذا قال : على مشورته إن شاء أمضى وإن شاء رد فهذا بمنزلة الخيار (٤) .

ثم عند الشافعية فى هذا اتجاهان :

أحدهما : أنه ليس له أن يفسخ حتى يقول : استأمرته فأمرنى بالفسخ ، والاتجاه الآخر - وعليه الحنابلة - أنه لا يشترط استئثاره ، وأن نص الشافعى الذى اعتمده المثبتون قد جاء بقصد الاحتياط لئلا يكون كاذبا . ونحوه ما ذكر ابن حزم عن ابن عمر أنه فضل (ان أخذت) على (إن رضيت) إذ قد يرضى ثم يدعى أنه لم يرض ، وقد صحح النووى رأى الأول (٥) .

(١) حاشية الجمل على شرح النج ١١٠/٣ .

(٢) شرح الروض ٥٢/٢ .

(٣) هى (مفاعلة) من الأمر ، بمعنى اشتراطها أو أحدهما استئثار من صباه والرجوع لأمره

(٤) النسوى على الشرح الكبير ٩٨/٣ .

(٥) المجموع ٢١٢/٩ شرح الروض ٥٢/٢ للفنى ٥٢٦/٣ ط ٤ .

ولابد من تعيين من سيشاوره . أما لو قال : على أن أشاور (كما يقع كثيرا) لم يكف . قال الأذرعى : والظاهر يكفى وهو فى هذا شارط لنفسه (١) .

وذكر الامامية المسألة مع اشتراط المدة وأنه إن أمره بالفسخ جاز له الفسخ ولا يتعين عليه لأن الشرط مجرد استثماره لا التزام قوله ، وإن أمره بالالتزام لم يكن له الفسخ قطعا وإن كان الفسخ أصلا عما بالشرط ، فالفسخ يتوقف على أمره لأنه خلاف مقتضى العقد ، أما الالتزام بالعقد فلا يتوقف وليس للمستأمر الفسخ ولا الامضاء وإنما عليه الأمر والرأى خاصة (٢) .

كما يجب أن لا تزيد مدة المشورة على مدة الخيار المعلومة لتلك السلعة (٣) .

وللألمانية ما هنا تفصيل بحسب صيغة جعل الخيار للأجنبى فهى إما أن تكون بلفظ المشورة وإما أن تكون بلفظ الخيار أو الرضا .

فإذا قال: على مشورة فلان فإن للعاقد بائعا كان أو مشتريا أن يستبد بإبرام العقد أو فسخه دون أن يفتقر ذلك إلى مشورته . لأنه لا يلزم من المشاورة الموافقة ، ومشتراط المشورة اشترط ما يقوى به نظره .

أما إذا قال: على خيار فلان ، أو رضاه فى ذلك أقوال أربعة والمعتمد منها أنه تفويض فليس للعاقد - بائعا كان أو مشتريا - أن يستقل بإبرام العقد أو فسخه ، ذلك أن اشتراط الخيار - أو الرضا - للأجنبى عندهم ليس توكيلا بل هو تفويض حيث انه باشتراط الخيار لغيره معرض عن نفسه وقد ألحقوا بلفظ الخيار أو الرضا لفظ المشورة - السابق ذكره - إذا جاء مقيدا بما يدنو به إلى هذين اللفظين مثل أن يقول : على مشورة فلان إن شاء أمضى

(١) شرح الروض ٢/٢ والذكرة ٢٩١/١ ولابد من ضبط مدة الاستشارة .

(٢) الروضة البية ٣٢٣/١ .

(٣) الرسالة ١٢٤/٢ .

وإن شاء رد ، فحكم هذا كالخيار والرضا ^(١) . ومن هنا يعلم أنه يلحق باللفظين ما في معناه من ألفاظ مستحدثة تؤدي المعنى نفسه كالرغبة والرأي .

المبحث الرابع

النيابة في الخيار

الخيار يثبت للعائد المشترط الخيار لنفسه مهما كانت صفة العائد ، فسواء كان مالكا للمعقود عليه ، أو وصيا يعقد لمصلحة الموصى عليه ، أو وليا لمصلحة الموالي عليه ، أو كان يعقد بالوكالة .

ذلك ان اشتراط الخيار في حال الولاية أو الوصاية هو من باب النظر والرعاية للصغير فذلك لها . وأما في الوكالة فلأن تصرفه بأمر الموكل وقد أمره بالعقد أمرا مطلقا فيظل على إطلاقه فيشمل العقد بخيار أو بدونه .

وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفاوضة يملك شرط الخيار في معاملات الشركة بمقتضى إطلاق عقد الشركة .

وهذا شامل لما لو شرط الخيار لنفسه أو للعائد الآخر الذي يشاطره التعاقد على ما ذكر الحنفية ^(٢) .

أما الشافعية فقد قالوا بصحته في الوكالة - في أصح الوجهين - إذا اشترطه الوكيل لنفسه أو لموكله ، لأنه لا ضرر فيه ، كما منعوا الوكيل بالبيع أن يشترط الخيار للمشتري ، وكذلك العكس فليس للوكيل بالشراء أن يشترط

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٩٨/٣ والحرشي ٢٥/٤ وفي المذهب أقوال أخرى مبنية على تأويل نصوص للدولة منها أن منع الاستبداد في (الخيار) لا في (الرضا) ، أو ليس فيها ، أو منع الاستبداد في حق المشتري فقط لأن البائع يختص بقوة التصرف في ملكه (الحرشي) والحطاب ٤١٩/٤ والمواق ٤١٨/٤ أو أن الحصول له الخيار كالوكيل فلكل من البائع أو المشتري الاستبداد ما لم يسبق الوكيل بالأجازة أو الرد للبيع الحرشي ٢٥/٤ .

(٢) البدائع ١٧٤/٥ .

الخيار للبائع فإن فعل الوكيل ذلك بطل العقد ، وهذا ما لم يأذن للموكل في صورتين ، كما أن الأصح عند الشافعية أنه لا يتجاوز الخيار من شرط له فلا يثبت للموكل إذا اشترطه الوكيل لنفسه ولا العكس ، - وهو ظاهر النص عن الشافعي - لأن ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة . أما إذا أذن له الموكل في شرط الخيار وأطلق ، فشرط الوكيل كذلك بإطلاق ، ففيه أوجه أصحابها أنه للوكيل ، لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده (١) ولا يلزم العقد برضا الموكل لأن الخيار منوط برضا وكيله .

والجواب كالشافعية في صحة اشتراط الوكيل الخيار لنفسه ، لا للعائد الآخر مع احتمال الجواز عندهم فيها بناء على الرواية التي تقول : للوكيل التوكيل (٢) .

ثم إن على الوكيل أن يفعل ما فيه حظ الموكل ، لأنه مؤتمن (٣) . وكما يثبت الخيار لصاحبه على وجه الانفراد إذا كان المشتري ، أو البائع ، واحدا ، يثبت للمتعدد أيضا إذا كان الطرف المتعاقد متعددا كما لو باع شريكان شيئا ، أو باع المالك سلعة لاثنتين واشترطا الخيار لهما .

الفرع السابع

استعمال الخيار

تمهيد :

إن استعمال الخيار يجرى باللجوء إلى الفسخ ، أو الرضا بالعقد والتصريح بإمضائه إن كان لا يريد الاصطبار لمضي المدة وتحول العقد إلى

(١) المجموع ١٩٤/٩ ونهاية المحتاج ١٥/٤ ومغنى المحتاج ٤٦/٢ .

(٢) المغنى ٥٢٣/٣ .

(٣) شرح الروض ٥٢/٢ .

اللزوم . والخيار - كما صرح الفقهاء كثيرا - موضوع للفسخ ^(١) ، ولكن الامضاء أيضا يعتبر استعمالا للخيار وممارسة له ، وبما أن الفسخ والامضاء مما يسقط به الخيار فقد اختص مبحث المسقطات بهما وتعين أن يشتمل هذا العنوان على أمور أخرى تعتبر ممارسة للخيار بوجه مشروع أو غير مشروع ومن ممارسة الخيار تلك التصرفات التي يقوم بها العاقدان في فترة الخيار ، ولا يخفى أن حال التصرف الذي يصدر من العاقد المخير هو حال الفسخ أو الامضاء على تفصيل يأتي بعد في المحل اللائق بهذه الأمور الثلاث : الفسخ والامضاء والتصرف ، وإن كانت هي التي تتبادر عند ذكر الاستعمال . . . وهناك مسألة الانتفاع بمحل الخيار ، وهي تابعة لمسألة انتقال الملك وستأتي في آثار الخيار .

المبحث الأول

تجربة محل الخيار

لو كان ما اشتراه بخيار يحتاج إلى معرفة أمر فيه ، كالدابة لا يعرف سيرها إلا بالركوب ، فلا يبطل الخيار بتجربة سيرها لأنه أمر لا بد منه لاستعمال خياره بالاجازة أو الفسخ .

وليس كذلك خيار العيب فلو جرب الشيء ، بعدما علم بعيبه ، بطل خياره ، لأنه ثبت له الخيار بظهور العيب فلا حاجة لتجربته ، فلو جربه بعدئذ كان دليل الرضا بالعيب .

ومن أمثلة ذلك أيضا لبس الثوب لمعرفة طوله أو قصره أو عرضه ، فلا يبطل به الخيار ^(٢) .

(١) الدرر شرح القدر ١٥١/٢ وذكر صاحب الدرر من ثمرات هذا البند أنه إذا فات الفسخ لزم العقد (وفوات الفسخ بمعنى المدة دون أن يفسخ) كما ذكر أن الخيار عند المالكية هو للاجازة ، فإذا مضت المدة فانت الاجازة فيفسخ العقد والحكم المذكور معروف عن المالكية . (المسوقى على الشرح الكبير ٩٥ / ٣) لكنني لم أر التصريح عنهم بأن الخيار للاجازة .

(٢) البدائع ٢٧٠/٥ .

وفى ركوب الدابة من حقه تكرار الركوب إن كان لمعرفة أنواع سيرها ، كالمملجة والعدو ، لأن معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة إليهما فى بعض الدواب . أما إن كرر الركوب لمعرفة السير الأول فقالوا : يسقط خياره .

ويفرق فى ركوب الدابة أيضا بين ركوبها لحاجة نفسه فذلك إجازة ، وإن ركبها للسقي أو لشراء علفها أو لردّها على البائع ، فى ذلك قياس واستحسان : أما القياس فهو اعتباره إجازة لامكان القياس بذلك قودا بزمam الدابة . وفى الاستحسان : لا ، بل هو على خياره ، لأن ذلك مما لا بد منه خصوصا إذا كانت الدابة صعبة لاتنفاد بالقود ، فكان ذلك من ضرورات القود فلا يعتبر إجازة .

وإذا مثلنا بما هو نظير الدابة الآن (السيارة) فلا يستعمل جرها إلا حين العطب فركوبها متعين لردّها أو تزويدها بالقود ونحوه من المواد التى تحتاج إليها .

المبحث الثانى

الاحتياى بالخيار للربا ، أو للرهن

عرفنا أن الغاية التشريعية من تسويغ الخيار هى التروى والاختيار والمشورة ، ولكن قد يلجأ العاقد إلى الخيار ليجد فيه منفذا إلى الانتفاع بالقرض فيكون حيلة إلى الربا . بأن يقترض إنسان منه فلا يعطيه بدل قرض بل يشتري منه سلعة أو دابة بخيار ويعطيه الثمن ثم يأخذ هو منافع المبيع أو غلته فى مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن .

ذكر ابن قدامة أنه لا خيار فى هذا المبيع ، لأنه من الحيل ، ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به فى مدة الخيار ولا التصرف فيه .

غير أنه قد بلجأ الانسان إلى نحو هذه الصورة لا للحيلة على الربا ، بل للاستيثاق ، كما لو أقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشتري منه شيئاً وجعل له الخيار قال الامام أحمد : هو جائز ، الا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته . وحمل ابن قدامة تجويز أحمد له في هذه الحال على المبيع الذى لا يتنفع به إلا بإتلافه ، أو على المشتري لا يتنفع بالمبيع فى مدة الخيار ، لئلا يفضى إلى أن القرض جر منفعة (١) .

ويرى المالكية أن الانتفاع الكثير بالمبيع بالخيار إما أن يكون مجانياً ، وإما أن يكون بكراء . فالجاني لا يجوز اشتراطه ، ولا فعله بلا شرط ، حتى لو كان للاختبار .

أما أن يكون بكراء فيجوز اشتراطه وفعله بغير شرط ولو لم يكن للاختبار .

أما الانتفاع اليسير فالذى يحصل لغير الاختبار حكمه كالانتفاع الكثير وأما الذى يكون للاختبار فيجوز فعله واشتراطه مجانياً .

وحيث قالوا بجواز ما يجوز بالكراء فإنما يكون بعد علم الكراء ، سواء فيما يفعل بشرط أو بدونه كأن يريد ركوب الدابة ركوباً له ثمن ولم يشترط ذلك حال العقد فإنه لا يفعله إلا بأجر يتفق عليه مع ربه (٢) .

المبحث الثالث

الاختيار

استعمال الخيار :

إن اتجاه الرغبة إلى الفسخ أو الامضاء مطلق لا قيود عليه فهذا الخيار خيار شهوة - كما سماه بعض الفقهاء - لكن هناك بعض الاستثناءات :

(١) المغنى ٥٣٠/٣ وفى كتب الاباضية اشارة إلى أنه إذا كان الخيار يقصد منه الغلال فهو ربا . جوهر النظام ٣٤٨ .

(٢) الحرشى على مختصر خليل ٢٢/٤ للسنوى ٩٢/٣ .

منها ما إذا شرط الخيار لنفسه - وكان وكيلًا - فعليه في هذه الحال اختيار الأصلح من الفسخ أو الاجازة ، لأنه مؤتمن .

ومنها مسألة أخرى وقع فيها الخلاف وهى حالة اشتراط الخيار لأجنبى فقد قال بعضهم : ليس على المجهول له الخيار (الأجنبى) اختيار الاحتظ . والحق ما قال الرافعى « لقائل أن يقول : إن جعل الخيار له هو استثنان فعليه اختيار الاحتظ » (١) .

اجتماع الابرام والفسخ :

إذا كان الخيار لكلا العاقدين ، فأبرامه وفسخه مماثل لما لو كان الخيار لأحدهما من حيث الطريقة . وأبرام أحدهما لا يمنع فسخ الآخر . أما سبق الفسخ من أحدهما فهو مانع من استعمال الآخر لحقه فى الإبرام . فتنى فسخ أحدهما فسخا صريحا أو ما يجرى مجراه أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ العقد أصلا ولا أثر للإبرام من الآخر بعد وقوع الفسخ . وكذلك لو اختلفا فى استعمال الخيار الثابت لهما فأبرم أحدهما العقد وفسخه الآخر على التعاقب أو بصورة مقارنة ، فالفسخ هو المعتبر ولا قيمة للاجازة سواء سبقت الفسخ أو قارنته .

والفرق بين الابرام والفسخ فى قابلية الابرام لطرود الفسخ عليه دون العكس أن الابرام تصرف فى العقد بالتغيير - وهو الالتزام - لا بالاعدام فلا يخرج هذا التصرف عن احتمال الفسخ والابرام . أما الفسخ فهو تصرف فى العقد بالابطال ، والعقد بعدما بطل لا يحتمل الابرام ، لأن الباطل متلاشى . فالفسخ أقوى من الابرام لأنه يلحق الابرام دون أن يكون للابرام لحاق الفسخ ، فلذا كان الفسخ أولى (٢) .

(١) المجموع ١٩٤/٩ .

(٢) البدائع ٢٧١/٥ .

وتتصور اجتماع الامضاء والفسخ في صورة أخرى وهي ما إذا كان خيار الشرط لغیر العاقدین ، بأن شرط أحدهما الخيار لأجنبی ، فعلى مذهب من جعل الخيار حيثئذ للشارط والمشروط له يكون الحكم مماثلاً فأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ ، وإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، فإن كان على التعاقب فأولها أولى ، فسخا كان أو إجازة لأن الثابت بالشرط أحد الأمرين فأيهما سبق وجوده بطل الآخر ، وإن كانا معا ففي المذهب نصان : أحدهما أن تصرف المالك أولى ، نقضا كان أو إجازة ، والآخر أن النقص أولى من أيهما كان (١).

الفصل الثامن

أحكام الخيار (أو آثاره) (٢)

المبحث الأول

أو الخيار على حكم العقد

حكم الخيار أنه يمنع ثبوت حكم العقد ، فلا يترتب عليه الحكم المعتاد للحال في حق من له الخيار ، وذلك موضع اتفاق بين أئمة حنيفة وصاحبيه ، وهو عند أئمة حنيفة في حق العاقد الآخر أيضا ، وقال صاحباه : الحكم نافذ في حق من لا خيار له لأنه لا مانع بالنسبة له (وسيرتب على ذلك انتقال الملك عنه) ولذا قال الكاساني : « هو للحال موقوف ، على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال ، وإنما يعرف عند سقوط الخيار » . والعلة في

(١) البدائع ٢٧١/٥ .

(٢) الآثار جمع أثر وهو ما يتجم عن الشيء ، والمقصود به هنا : ما يستتبعه اشتراط الخيار في العقد من الأحكام التي تترتب على وجوده ولولا الخيار لم تحدث . وآثار الخيار على العقد كثيرة ، ومنها ما هو ثانوي ، لكن الآثار المهمة هي بعد الأثر العام للمعيار لاعتبار العقد : قتل الملك - الضمان - الزيادة والغلة - التسليم . ومثاله آثار للمعيار على جواز التصرف وتفاذه لكنها تابعة لمبحث التصرف المقلب فيه النظرة إليه كصورة من صور إنهاء الخيار .

القول بأنه موقوف الحكم أنه لا بدري أيتصل به الفسخ أو الاجازة . ثم قال الكاساني بعدئذ : « فيتوقف في الجواب للحال ، وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الكاساني في موطن آخر « شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال » (١) .

وتبين من الاتفاق على منع ثبوت الحكم في حق من له الخيار أنه لو كان الخيار لكل من المتعاقدين لم يترتب على العقد حكمه في الحال فلا يخرج شيء من المبيع أو الثمن من ملك البائع أو المشتري عن ماله اتفاقا بين أئمة الحنفية ، فلا يفترق هذا العقد عن العقد البات الأ من حيث تعرضه للفسخ بموجب خيار الشرط الذي زلزل حكم العقد وجعله عرضة للفسخ . ففي حال اشتراط الخيار للطرفين لا يثبت حكم العقد أصلا (٢) . وإلى مثل ذلك ذهب الشافعية في صورة اشتراط الخيار للطرفين حيث نصوا على أنه موقوف لا يحكم بانتقاله للمشتري ولا أنه للبائع خالصا حتى ينقضي الخيار (٣) . أما المذاهب الأخرى فلا تفرد هذه الحالة بحكم ، بل تجعل النظرة إلى خيار البائع ، سواء انفرد هو بالخيار أم كان له وللمشتري معا (٤) .

ولعل النتيجة واحدة بالنسبة للمالكية والقائلين بأن ملكية محل الخيار باقية للبائع ، أى لم تنتقل إلى المشتري ، فحكم العقد المشتمل على خيار أنه ممنوع من نفاذه أيا كان صاحب الخيار (٥) .

وما سبق هو الأصل عند الحنفية لكن لهم استثناء ذكره ابن نجيم منقولا عن الكرايسى وهو أن خيار الشرط يبطل العقد . - بدلا من الاختصار

(١) البدائع ٢٦٤/٥ و ١٧٤/٥ .

(٢) رد المحتار ٥٣/٤ تبين الحقائق ١٦/٤ البحر الرائق ٣/٦ الفتاوى الهندية نقلا عن قاضيخان ٤٠/٣ فتح القدير ٣٦٧/٥ ويقول ابن الممام في تحليل عدم دخول الخيار في الصرف : لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه ، على الرأيين منهم .

(٣) المجموع ٢٢٨/٩ .

(٤) بداية المجتهد ١٧٥/٢ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٥) القوانين الفقهية ٢٦٤ والدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٣ .

على منع الحكم - فيما إذا شرط الخيار في بيع الفضولى (أى شرط لمصلحته) فإنه يبطل البيع ولا يتوقف ، لأن الخيار للفضولى ثابت بدون الشرط ، فيكون الشرط مبطلاً ^(١) .

هل حكم الخيار الوقف :

أشار صاحب البحر إلى أنه وقع في البدائع التعبير عن حكم الخيار بأنه موقوف ثم ذكر تفسير الكاسانى له بقوله : « على معنى أنه لا يعرف له حكم للحال ، والخيار مانع من انعقاد الحكم » ^(٢) ، وقد رأيت إطلاق هذا اللفظ فى الزيلعى أيضا فى موطنين أحدهما موهم غاية الإيهام لأنه قال فيها إذا كان الخيار للبائع وقبضه المشتري فهلك بيده وأنه يهلك بالقيمة ، قال الزيلعى : « لأن المبيع يفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل . . . » ^(٣) لكنه فى الوطن الآخر المشابه تماماً - وهو قوله بصدد خيار المشتري « لأننا نقول : الحال موقوف : إن أجزى البيع يستند إلى وقت العقد » فالمراد بالموقوف ليس التوقف الاصطلاحي بمعنى عدم النفاذ ، بل توقف حال المبيع وحكمه بانتظار تبين المصير ^(٤) .

صفة العقد معه :

صفة البيع المقترن بخيار الشرط أنه غير لازم ، لأن الخيار يمنع لزوم العقد ، قال عمر (رضى الله عنه) : البيع صفقة أو خيار. أي صفقة بيع بات ، أو بيع بخيار . « ولأن الخيار هو التحخير بين الفسخ والاجازة وهذا يمنع اللزوم » على ما يقول الكاسانى .

(١) البحر الرائق ١٠/٦ .

(٢) البحر ٩/٦ .

(٣) تبين الحقائق للزيلعى ١٦/٤ .

(٤) فلا يسوغ تطبيق شرائط العقد الموقوف وإنما يشترك معه فى تأجيل حكم العقد للحال . وهذا مستفاد من اقرار صاحب البحر لكلام الكاسانى مع تفسيره المراد .

وينبغي اتحاد صفة العقد (اللزوم) فى الصفة كلها فليس لصاحب الخيار أن يفرق الصفة فى اللزوم لأن تفريقها فى اللزوم بمثابة تفريقها فى أصل الصفة وهو الإيجاب والقبول، وذلك لا يجوز إلا برضا العاقدين بأن يقبل العقد فى بعض المبيع دون بعضه بعد إضافة الإيجاب والقبول إلى الجملة ويوجب البيع فى بعضه بعد إضافة القبول إلى جملته .

لكن يجوز تفريق الصفة فى اللزوم برضاها (١) .

أثر الخيار على العقد المؤجل :

إذا باع بضمن مؤجل ، فتنى يكون مبدأ الأجل ؟ هل من حين العقد ، أم يكون مرتباً على ابتداء مدة الخيار ؟

ذكر النوى أن فى هذا الفرع طريقين ، أصحهما - وبه قطع الشيرازى والعراقيون وجاعة من غيرهم - أنه من حين العقد وجهاً واحداً .

والطريق الثانى - وهو مشهور فى كتب الخراسانيين كالقاضى حسين والسنجى وإمام الحرمين والوالى وغيرهم أن الأجل مرتب على ابتداء مدة خيار الشرط (والغرض الآن على القول بخيار المجلس) فإن جعلنا مدة خيار الشرط من العقد فالأجل أولى بذلك ، وإن قلنا إن المدة تبدأ من التفرق عن خيار المجلس فى الأجل وجهاً .

وصور القاضى حسين الخلاف فى الفرع المذكور بأن هناك وجوهاً ثلاثة فى ابتداء مدة الخيار والأجل :

الأول - وهو أصحها - : من حين العقد فيها .

الثانى - من حين التفرق فيها أيضاً .

الثالث - أن الأجل من حين العقد ، وأن الخيار من التفرق .

(١) البدائع ٢٦٤/٥ وكلمة (القسح) محرفة هناك إلى (البيع) وهو تحريف ظاهر .

والفرق بينهما ان الأجل ليس من جنس خيار المجلس ، فكان اجتماعها أقرب . ثم أورد النووي من كلام امام الحرمين توجيه الوجهين الآخرين . وقال : والمذهب أن الأجل من العقد سواء بشرط خيار الثلاث أم لا^(١)

المبحث الثاني

أثر الخيار على انتقال الملك

الأصل في عقد البيع أنه للتملك ، وأنه ناقل ملك المبيع إلى المشتري وملك الثمن إلى البائع لأن هذا هو مقصود العقد ، وينشأ عن هذا الانتقال جميع أحكام الملك من الضمان واستحقاق الغلة والزوائد والتسليم . . . كما يحل للعاقدة في البذل الذي انتقل إليه ملكه جميع التصرفات الشرعية التي تثبت في الملك الأصلي مادامت ضمن دائرة الحلال . هذا في العقد المطلق عن الخيار ، فما أثر الخيار في ذلك العقد ؟

سنرى أن المذاهب الفقهية اختلفت مواقفها من هذه القضية ، فكان لبعضها موقف متسق مع حكم الخيار الاعتباري السابق ذكره ، وبعضها كان موقفه مقطوع الصلة أو عسيرا عن التوفيق بينه وبين مسألة حكم الخيار ، وقد افترق الجواب عن ذلك بين كون الخيار للمتعاقدين أو كونه لأحدهما :

أ - كون الخيار للمتعاقدين :

إذا كان خيار الشرط ثابتا لكل من المتعاقدين فلا تغيير يحصل في قضية الملك للبديلين ، فمحل الخيار للبائع باق على ملكه ، والثمن للمشتري أيضا . ذلك موقف الحنفية ، فمحل الخيار للبائع باق على ملكه ، والثمن للمشتري أيضا . ذلك موقف الحنفية ، يقول الكاساني : فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البديلين جميعا ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل

(١) المجموع ٢١٤/٩ - ٢١٥

فى ملك المشتري وكذا الثمن . . . لأن المانع من الانعقاد فى حق الحكم موجود فى الجانبين جميعا وهو الخيار^(١) . ويقرب منه موقف الشافعية بملاحظة اختيارهم وصف هذه الحالة بأن الملك موقوف بانتظار انقضاء مدة الخيار لعدم أولوية أحدهما ، فان فسخ العقد ظهر عنده أن الملك مازال للبائع ، وان تم ظهر أن الملك انتقل للمشتري منذ العقد^(٢) . والمذاهب الأخرى لا تفرد هذه الحالة بالحكم ، بل ينصب نظرها إلى خيار البائع فهو المؤثر فى القضية فيما إذا كان الخيار له وللمشتري ، وبعض المذاهب كالزيدية مثلا تذكرها وتعطيها أحكاما مماثلة لما لو كان الخيار للبائع وحده^(٣) .

والرأى الثانى فى المسألة على التقيض مما سبق ، فالملك فى العقد المقترون بخيار الشرط ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه ، سواء كان الخيار لها أو لأحدهما أيًا كان ، وهذا هو ظاهر المذهب عند الحنابلة ومذهب الامامية أيضا علّله الحنابلة بأن العقد مع الخيار كالعقد المطلق عنه .

ب - كون الخيار لأحدهما :

تختلف مذاهب الفقهاء فى تحديد المالك لحل الخيار إذا كان الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر وتنحصر الآراء فى ثلاثة : بقاء الملك ، انتقاله ، التفصيل بحسب صاحب الخيار .

وأبسط المذاهب فى المسألة القول بأن الملك باق لصاحب المحل كما كان قبل حصول العقد وهو البائع ، ولا فرق عند هؤلاء لمن من المتعاقدين كان الخيار، سواء كان للبائع أو المشتري. بهذا قال مالك وأصحابه والإباضية وبعض الامامية وهو مذهب الليث والأوزاعي^(٤) . وقد اعتبر هؤلاء يد

(١) البدائع ٢٦٤/٥ - ٢٦٥

(٢) المجموع ٢٣٠/٩ نهاية المحتاج ٢٠/٤ مفتى المحتاج ٤٨/٢

(٣) البحر الزخار ٣٤٩/٣ وشرح الأزهار ١٠٢/٣ .

(٤) بداية المجتهد ٢١١/٢ الدردير على خليل بحاشية السوقى ١٠٣/٣ الحرقى ٣٠/٤ شرح النيل ٥٦٠/٤

و ٥٦٤ .

المشتري على محل الخيار يد أمانة وأن البائع هو المالك (والضامن أيضا) واحتجوا بأن العقد الذى وقع فيه الخيار عقد غير لازم فلم يترتب عليه حكم ، أى هو عقد غير نافذ فى الجملة : لم ينتقل الملك عن البائع ، كما لو لم يقع قبول من العاقد الآخر (المشتري مثلا) وعمله الاباضية بأن أصل الملك للبائع فلم يخرج (بالخيار) من ملكه جزما بل تعليقا ، فليحكم عليه بحكم المالك ما لم يجزم البيع .

وقد أطلق المالكية على هذه المسألة عبارة مركزة هى : بيع الخيار منحل لا منعقد بمعنى أنه على ملك البائع لم ينتقل ، فالامضاء اللاحق بعدئذ ناقل للملك لا مقرر (وسرى بعد أن الضمان أيضا على البائع على اختلاف سياقى فى محله) .

وهناك قول ان الملك للمشتري فالامضاء تقرير لا نقل ، وتصبح تلك القاعدة : بيع الخيار منعقد لا منحل ، فهو على ملك المشتري لكن ملكه له غير تام ولذلك كان ضمان المبيع من البائع (كما سرى) على القولين اتفاقا^(١) .

فهو عقد محدث للتمليك ، وقالوا : ان ادعاء القصور فيه ممنوع ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه فهو كالعقد الذى فى محله عيب . أما امتناع التصرف فيه لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك ، كالمرهون . وعن أحمد رواية أنه موقوف فى هذه الحالة أيضا حتى ينتضى الخيار^(٢) .

أما الامامية فقد أشاروا إلى أن أثر الخيار - على ما ذهب إليه القائلون بانتقال الملك - من فقهاءهم ينحصر فى تزلزل الملك بسبب القدرة على رفعه . فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر . ولهم أيضا قول بأن الملك موقوف كما أن

(١) الخرشى ٣٠/٤

(٢) المغنى ٥١١/٣ كشف القناع ٢٠٦/٣ القواعد لابن رجب ٣٧٧ .

الامامية اطلقوا على هذه المسألة عبارة هي : انقضاء مدة الخيار (أو الاجازة) للنقل أم للكشف^(١) ؟ وذلك شبيه بتلقيب المالكية للمسألة بأن الخيار منحل أو منعقد^(٢) .

وهناك رأى فقهي ثالث قائم على التفصيل، وحاديه فى ذلك النظر إلى صاحب الخيار هل هو البائع أو المشتري ؟

أ - فإذا كان الخيار للبائع فالملك باقٍ له، لأن اشتراط الخيار منه ابقاء على ملكه فلا ينتقل إلى المشتري ، ولهذا نتائج عديدة أبرزها أن المشتري - بالرغم من العقد - لا يملك التصرف فى محل الخيار ، كما أن تصرفات البائع تنفذ ، وتعتبر فسخا للعقد وإلى هذا ذهب ابو حنيفة وصاحباة الزيدية والاباضية والشافعية فى أظهر الأقوال^(٣) وهذا القول للشافعية قائم على التفصيل بين كون الخيار للبائع أو المشتري - وهو الأظهر - وهناك أقوال ثلاثة أخر (مطردة فى حال كون الخيار لهما أو لأحدهما) أحدها: أنه ملك للمشتري والثمن ملك للبائع ، والثانى: أنه باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ والثمن باق على ملك المشتري . والثالث : أنه موقوف إلى تمام البيع للحكم بأنه كان ملكا للمشتري منذ العقد أو أنه باق على ملك البائع . ولم أكن أحفل بهذه الأقوال - بعد القول الأظهر - لولا أنها أخذت حظا كبيرا من التفريع فى كتب الشافعية كما أنها تعطى حلولاً قد لا يشتمل عليها الراجح فى مذاهب الآخرين^(٤) .

(١) شرائع الاسلام ١٧٠/١ والمكاسب ٢٩٨ - ٢٩٩ .

(٢) الخروشي على خليل ٣٠/٤ .

(٣) البدائع ٢٦٤/٥ فتح القدير ٥٠٤/٥ البحر الرائق ٩/٦ وحاشية ابن عابدين ٥٣/٤ وشرح الروض ٥٣/٢

المجموع ٢٣٠/٩ نهاية المحتاج ٢٠/٤ مكنى المحتاج ٤٨/٢ شرح الأزهار ١٠٢/٣ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٤) المجموع ٢٣٠/٩

ب - أما إذا كان الخيار للمشتري فالملك زائل عن البائع عند هؤلاء ، حيث لا مانع في حقه لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع . والتصرف في محل الخيار مقصور على من له الخيار لأنه شرع نظرا له وحده ، وعلى هذا القدر اتفق أبو حنيفة وصاحباة وهو مذهب الشافعية والزيدية ويمكن التعبير عنه بأن الملك منتقل عمّن لا خيار له^(١).

ثم ينشعب هذا الموقف لدى الحنفية عند التساؤل : هل يدخل المبيع (محل الخيار) في ملك المشتري بعد أن زال عن ملك البائع أم ماذا يكون مصيره ؟ فذهب أبو حنيفة إلى أن محل الخيار يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وذكر لهذا نظيرا في الشرع هو عبيد الكعبة لخروجهم عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة ، وكالتركة المستغربة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة أو الغرماء . وذهب الشافعي وصاحباة أبي حنيفة والزيدية إلى أن محل الخيار يدخل في ملك المشتري . وسنرى ثمرة هذا الخلاف في مسائل مشهورة ذوات عدد .

الأدلة : من أدلة أبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملك المشتري (لكون الخيار له) فلو قيل بدخول المبيع في ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد وذلك لا أصل له في الشرع ، لأن المعاوضة تقتضي المساواة . وأيضا يؤدي هذا الرأي إلى تفويت النظر على المشتري في بعض الأحيان كما لو كان محل الخيار رقيقا من أقرباء صاحب الخيار الذين يعتقدون عليه إذا دخلوا في ملكه فينشأ عن ذلك أن يعتق عليه القريب الذي يملكه بذلك العقد دون اختياره ورضاه . مع أنه اشترط الخيار ليتروى وينظر . .

(١) البحر الرائق ١٣/٦ وتبيين الحقائق ١٦/٤ وحاشية ابن عابدين ٥٣/٤ وشرح الروض ٥٣/٢ والمجموع ٢٣٠/٩ ونهاية المحتاج ٢٠/٤ ومغنى المحتاج ٤٨/٢ وشرح الأزهار ١٠٢/٣ والبحر الزخار ٣٤٩/٣ وإذا انفرد به المشتري ملكه .

ومن أدلة الصاحين ومن معها : أنه لما خرج المبيع محل الخيار عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك - أى سائبة - ولا عهد لنا بهذا في الشرع وقد نشأت عن أدلة الطرفين مناقشات ، فيها هذا اليراد على رأى أبى حنيفة ، وهو أنه يلزم منه السائبة - وهى منهى عنها فى الشرع - وقد أجيب عنه بأن ما ذهب إليه ليس من السائبة ، لأن السائبة مالا يملك فيها لأحد حالاً ولا علقه ملك مالا وما هنا قد وجد سبب انتقال ملكه ، ويتوقع حكمه لأن علقه الملك موجودة ، فهو موقوف الحال ان أجيز البيع يستند إلى وقت العقد فيتبين حينئذ أنه ملك للمشتري من ذلك الوقت ، وان فسخ ظهر أنه لم يزُل عن ملك البائع فليس بسائبة^(١) .

وقد أورد أيضا على رأى أبى حنيفة مسألة الشفعة فإنها تثبت للمشتري ذى الخيار اتفاقا بين الامام وصاحبيه فكيف تثبت له على قوله - وهو لم يملك المبيع ليستحق به الشفعة - وأجيب بأنه انما استحق الشفعة لأنه صار أحق تصرفا بالدار المبيعة لا لأنه ملكها ، نظيره العبد المأذون يستحق الشفعة إذا بيعت دار بجواره لهذا المعنى ، لا للملك لأنه لا يملك قصرصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك ممنوع ، بل يكون بحقيقة الملك أو بما فى معناه .

قال ابن الهمام ، بعد تقرير اليراد وجوابه : وهذا تكلف لا يحتاج إليه ثم بين أن طلب الشفعة من المشتري - وهو لا بد منه لاستحقاقها - بنشأ عنه انبرام البيع فى ضمن ذلك الطلب فيثبت بالاقتضاء تصحيحا لتصرفه^(٢) .

وقد جاء ابن نجيم بما هو بمثابة ايراد على النظر الذى سبق فى دليل أبى حنيفة (لدفع استنكار الخروج من الملك دون الدخول فى ملك آخر) وهذا النظر هو أنه كعبيد الكعبة أو كالتركة المستغرقة بالدين^(٣) ، أما اليراد

(١) فتح القدير ٥٠٥/٥ تبين الحقائق ١٦/٤ والبحر الرائق ١٤/٦ .

(٢) فتح القدير ٥٠٥/٥ وقد نقله ابن نجيم فى البحر الرائق بنحو حروفه دون عزو ١٤/٦ .

(٣) وقد أشار الكرلانى إلى منع القول بزوال الملك فى التركة المستغرقة قائلا : ان التركة بمقاة فى حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه (الكفاية شرح الهداية ٥٠٦/٥ بأسفل فتح القدير) .

على هذا فهو أن المسألتين المذكورتين هما من باب الأوقاف ، أما مسألة الخيار فهي من باب التجارة والمعاوضات ، وبينهما فرق ، أى من حيث إن الوقف مشروع أصلا لحبس العين عن التملك للتصدق بمنفعتها فلا غربة ، أما فى المعاوضات فالغرض منها المبادلة وانتقال الملك . هذا ما خدش به ابن نجيم التنظير المذكور ولم يعقب عليه ابن عابدين بشيء فى حواشيه على البحر . وهكذا تضاعف الدليل العقلي لأبى حنيفة حيث تحقق إيراد الصاحبين أن من غير المعهود فى الشرع خروج الشيء عن الملك دون دخوله فى ملك آخر ^(١) .

وليس فى صنع ابن نجيم هذا ما يعتبر تأييدا صريحا لقول الصاحبين بل هو مجرد نقاش للدليل الامام وفى إزائه موقف آخر له فى تحرير دليل أبى حنيفة الذى أورد فيه على الصاحبين أن جمع البدلين لا أصل له فى الشرع ، فقد كان فى اطلاق هذا الكلام ثغرة يورد عليه يسببها مسائل منها المدبر اذا غصب وأبق من يد الغاصب فضمن قيمته لملكه فإن السيد يملك القيمة مع أن المدبر لم يخرج من ملكه ، فقد اجتمع العوضان فى ملك السيد وهو المدبر وبدله لأنه ضمان جنابة لا ضمان معاوضة . وإزاء هذا نبه ابن نجيم إلى أن المراد منع اجتماع البدلين فى باب المعاوضة وهذا من باب الضمان ثم تعرض لإيراد من باب المعاوضة نفسه وهو مسألة السلم ، لأن المسلم إليه يملك رأس المال والمسلم فيه . قال ابن نجيم : وأجيب بأن المسلم فيه دين لرب السلم فى ذمة المسلم إليه ، فهو كالتنمى يملكه البائع فى ذمة المشتري . وذكر أيضا عن إيراد فى حال تعجيل الاجرة حيث تجتمع الاجرة والمنافع لدى المؤجر فأبان أن ذلك ليس اجتماعا لأن المنافع معدومة فلا ملك لها . وإذا حدثت ملكها المستأجر ^(٢) .

(١) البحر الرائق ١٤/٦ ويلحظ أن صاحب البحر أتى بهذا الإيراد على سبيل التقييد لدعوى الصاحبين أن عدم الدخول بملك المشتري غير معهود فى الشرع ، فقيده بالتجارة دفعا لإيراد التنظير عليها ، أما الزيلعي فقد جاء بهذا تنظيرا لأبى حنيفة من حيث إمكان الخروج من ملكه دون الدخول فى ملك آخر (تبيين الحقائق ١٦/٤) .

(٢) البحر الرائق ١٤/٦ والكفاية على الهداية للكرلاي ٥٠٦/٥ لتوضيح مسألة المدبر .

ولا مناص من الإشارة إلى أن ما أورد على رأى الصاحيين من لزوم اجتماع البدلين ومنافاة ذلك للمعاوضة المطلوبة بقى دون جواب من فقهاء الحنفية - فيما أعلم - فى حين جاء المهدي من الزيدية بما هو دفاع عن قولها ودفع لهذا الايراد دون قصد بل لمجرد التوافق فى المذهب لأنه لم يشر إلى خلافها فقد قال فى "البحر" جوابا عن مسألة اجتماع البدلين : وجهها الملك متغايران ، فالتمن لكونه ماله والمبيع بشرط انقضاء المدة . وهو جواب سديد ما لم يثبت المعارضون ان اجتماع البدلين ممنوع ولو تغاير وجه الملك وهو ما لم يقع منهم .

الترجيح لدى الحنفية : المعروف أن قول الامام هو المستحق للترجيح بحسب أصول الحنفية الا فيما خرج عن ذلك ببيان صريح أو فى الأبواب الفقهية لكن لجنة الفقهاء التى وضعت مجلة الاحكام العدلية ذهبت إلى اختيار قول الصاحيين فجاء فى أحكام خيار الشرط المادة التالية : « اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكا للمشتري » وقد أضاف شارحها الأناسي « عند الصاحيين ويقولها قالت الأئمة الثلاثة أى مالك والشافعي وأحمد » (١) .

مراجع الخلاف : نبه ابن رشد فى كتابه النفيس بداية المجتهد إلى سبب الخلاف - كعادته فى المسائل الجوهرية الخلافية - فقال : والخلاف آيل إلى : هل الخيار مشروط لايقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع ؟ فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميمه فهو فى ضمانه . ولا تخفى الصلة الوثيقة بين هذا التقرير من ابن رشد المالكى وبين تقرير أهل مذهبه الذين صوروا المسألة بأنها تدور على التساؤل : هل بيع الخيار منحل (أى لايقاع الفسخ ، حسب تعبير ابن رشد) أو منعقد (أى لتتميمه) (٢) .

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة /٣٠٩ وشرحها محمد خالد الأناسي ٢٤٨/١ .

(٢) بداية المجتهد ٢١١/٢ الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٣ والمكاسب ٢٩٨٨ .

ثمرة الخلاف .

لقد عني فقهاء الحنفية في احصاء مسائل يختلف فيها الحكم تبعاً للأخذ بقول أبي حنيفة أو بقول صاحبيه في مسألة : لمن الملك إذا كان الخيار للمشتري وحده ؟ وكانوا بين مقلّ ومكثّر ، وقد اهتم أصحاب المطولات^(١) بذكر ما وقع لهم من المسائل المبنية على ذلك الخلاف بدءاً من الكاساني في البدائع حيث عدّ منها ست^(٢) مسائل ، ثم تلاه المرغيناني صاحب الهداية فأورد سبع مسائل ، وزاد الشارح ابن الهمام أربع مسائل أخرى . وكذلك أبلغها الزيلعي إلى عشر - أو اثنتي عشرة باعتبار مسألتين منها في حكم أربع - وزاد صاحب البحر الرائق عليه ثنتين ، وهى في الفتاوى الهندية إحدى عشرة مسألة . أما الحصكفي في الدر المختار فقد اعتنى بضبطها والرمز إليها وبلغت عنده خمس عشرة مسألة^(٣) .

ويلحظ أن معظم تلك المسائل متصلة بأحكام الرقيق ، وتدور ما بين شرائه ، أو تعليق عقده ، واستيلاد الجارية أو استيراثها ، ونكاحها ، وتصرف العبد المأذون . . . الخ ولم يخرج عن دائرة الرقيق منها سوى ست مسائل اجتزئ بذكرها عن استيعاب تلك المسائل التي ما هى إلا أمثلة ، لأن أوسع من تتبعها - وهو الحصكفي - لم يدع انحصارها في المسائل الخمسة عشر .
وبما أن مسألتين من تلك الست تعتبران جزءاً من مبحثين في الموضوع هما ضمان محل الخيار ، وحكم الزوائد الحادثة فلا حاجة إلى عرضها ، فلم يبق صالحاً للنموذج سوى الأربع التالية :

(١) ومن قبل تلك المطولات كتب المذهب الأصلية كالجامع الصغير ص ٣٢ والبسوط للسرغسي ١٣/١٧ ومن مواطن تفصيل ثمرة الخلاف بين روايتي الحنابلة في انتقال الملك وعنده كتاب القواعد لابن رجب الصفحات ٣٧٧ - ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٥/٥ والهداية وفتح القدير ٥٠٦/٥ - ٥٠٩ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٧/٤ - ١٨ والبحر الرائق ١٦/٦ - ١٨ والدر المختار وحاشيته ٥٢/٤ - ٥٤ والفتاوى الهندية ٤٠/٣ - ٤٢ .

الأولى : إذا اشترى دارا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، وهو ساكن الدار بإجارة أو اعارة ، فاستدام سكنها بعد الشراء هل تعتبر استدامته السكنى اختيارا للعقد أم لا ؟

عند أبى حنيفة لا تعتبر لأنه لم يملك عين الدار فاستدامته السكنى لا تزال بحكم الاجارة أو الاعارة ، وعند الصاحين تعتبر استدامته للسكنى اختيارا لأنه ملك العين بحكم الخيار فلما استدام السكنى كان ذلك اختيارا منه لا مضاء العقد كما لو ابتداء السكنى أصلا هذا ما قرره خواهر زاده ، أما السرخسى فقد ذكر أن استدامته السكنى ليست اختيارا ، بخلاف ابتدائها ^(١) .

الثانية : إذا اشترى ظيبا وهو حلال فقبضه ثم أحرم - والظبي في يده - ينتقض البيع عند أبى حنيفة ويرد إلى البائع ، وعندهما يلزم العقد المشتري . والظاهر أن السبب أنه دخل ملكه منذ العقد عند الصاحين فلا يملك تملكه بالرد لأن المحرم بأحد النسكين لا يحل له تملك الصيد أو تملكه ، أما عند أبى حنيفة فلم يدخل ملكه أصلا فالرد ليس تملكيا وإنما هو تصرف بالفسخ .

الثالثة : إذا اشترى ذمى خمرا - أو خنزيرا - على أنه بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عند الصاحين ، لأنه ملكها وهو ذمى فلا يملك تملكها بالرد وهو مسلم . وعند أبى حنيفة يبطل البيع لأنه لم يملكها بالعقد المقترن بالخيار فليس له اسقاط الخيار وهو مسلم .

الرابعة : إذا اشترى مسلم من مسلم عصيرا بشرط الخيار ، فتخمر العصور في مدة الخيار فسد البيع عند أبى حنيفة لعجز المشتري عن تملكه ، وعلى البائع اتلافه وعند الصاحين يتم العقد لعجز المشتري عن رده وعليه هو اتلافه لأن الرد تملك بعدها ملكه بالعقد مع الخيار حسب قولها .

(١) فتح القدير ٥٠٩/٥ تبين الحقائق ١٨/٤ الفتاوى المتدبة ٤٨/٣ البحر الرائق ١٧/٦ الدر المختار وحاشيته ٥٤/٤ .

هذا نموذج عن المسائل المعتبرة ثمرة الخلاف بين الامام وصاحبيه ، وما المسائل الباقية المطوى ذكرها الا من هذا القليل حيث يترتب الحكم عند الصاحبين لحصول الملك للمشتري بخيار ويتخلف عند الامام لعدم الملك ، ويمكن أن يرجع إليها في المطولات السالف ذكرها^(١) .

مضير بدل المحل :

ما مضى كله متصل بمحل الخيار ، كالمبيع مثلا ، فما حكم بدل المحل (الثمن) ؟ يجرى الخلاف نفسه في شأن الثمن ، لكن النظر هنا إلى المشتري ، فإذا كان الخيار له فالثمن باقٍ على ملكه ، أما إذا كان الخيار للبائع وحده ولا خيار للمشتري فالثمن يخرج من ملكه اتفاقا بين الفتيين ثم تختلفان (كالسابق) فأبو حنيفة يمنع دخول الثمن في ملك البائع بعد أن خرج من ملك المشتري . وعند الصاحبين - ومن معها - يدخل الثمن في ملك البائع^(٢) .

المبحث الثالث

أثر الخيار على ضمان المحل

المراد من يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث بآفة سماوية ، أما الائتلاف الذي يقع من أحد العاقدین أو من أجنبي فمحل بحثه الكلام عن الاختيار بالفسخ أو الإجازة . ان هذا المبحث يعتمد في الغالب ما تقرّر في مبحث ملكية محل الخيار ، ذلك أن الأصل في الضمان أن يكون على المالك الآ في حالات يرتبط فيها بالقبض أو بالمالك حكما أو باعتبارات أخرى ، وهذه الاستثناءات هي التي اقتضت تفصيل الكلام في الضمان بدلا من ربطه جملة بالمالك . على أن هذا الربط لا غنى عنه كلما أمكن ، ولا مناص من وصف

(١) المراجع السابقة . وقد أورد النووي في المجموع ٢١٤/٩ فروعا للأقوال الختلفة في المذهب حول الملك لمن في زمن الخيار ، من أهمها مسألة الكسب والتاج ، والباقي من قبيل التصرفات في محل الخيار .

(٢) تبين الحقائق ١٦/٤ والبحر الرائق ٩/١ .

القائلين به بالانسجام فى البابين جريا على الأصل والتنقيب عن مستند من نحا غير تلك السبيل .

ولنبداً فى استعراض المذاهب بمذهب الحنفية :

هناك حالتان غنيتان عن الشرح ويجزئ فيها الاشارة باعتبارهما تمهيدا لما بعدهما :

(الأولى) : إذا كان الخيار للبائع - وبالأولى إذا كان له وللمشتري - وهلك محل الخيار بيد البائع قبل القبض فالضمان على البائع بالاتفاق بين اى حنفية وصاحبيه لأنه لم يخرج عن ملكه اتفاقا ، ولم ينضم إلى الخيار القبض ليكون له أثر فى تعديل ارتباط تبعة الهلاك بالملك ولا اشكال عند الحنفية فى انفساخ العقد كما هو الحال فى البيع المطلق عن الخيار^(١) .

(الثانية) : اذا هلك محل الخيار فى يد المشتري بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان منه ، لأنه غدا بانقضاء الخيار بيعا مطلقا . والضمان حيثئذ بالثمن لأنه هلك بعدما أبرم البيع ، وابرامه إذا كان الخيار للبائع لعدم فسخ البائع فى المدة وإن كان الخيار للمشتري فلأن هلاكه بمثابة الاجازة . أما ما وراء ذلك من حالات فتتنوع بالنظر إلى كون الخيار للبائع ، أو للمشتري ، ووقوع الهلاك فى يد هذا أو ذاك إلى حالات أربع^(٢) :

١ - إذا كان الخيار للبائع وقد قبض المشتري محل الخيار فهلك فى يد المشتري خلال مدة الخيار فالضمان على المشتري . لأن البيع قد انفسخ بهلاك المحل إذا كان موقوفا ، لأجل خيار البائع ، ولا نفاذ للموقوف إذا هلك المحل ، فبقى فى يد المشتري مقبوضا على جهة العقد ، لا على وجه الأمانة المحضة كالإيداع والاعارة ، لأن البائع لم يرض يقبض المشتري له إلا على جهة

(١) فتح القدير ٥٠٤/٥ البدائع ٢٧٢/٥ .

(٢) فتح القدير ٥٠٤/٥ .

العقد . وكذلك الشافعية ، وسووا بين هذه الحالة وبين ايداع المشتري آياه بعد القبض عند البائع .

أما كيفية ضمانه فهو أنه يضمن بالقيمة - ان لم يكن مثليا (لأن ضمانه حينئذ بالمثل ^(١)) - والضمان بالقيمة ، لا بالثمن ، هو الشأن فيما قبض على جهة العقد ، كالمقبوض على سوم الشراء ^(٢) . وقد جعل الكاساني ضمانه أولى من ضمان المقبوض على سوم الشراء . وقد أجاد البايرتي في تحقيق النقلة من الثمن إلى القيمة (وهو قد لا يرتضى هذا التعبير ، لأيلولته إلى أن الأصل هو القيمة فلنقل : تعليل البقاء على اعتبار القيمة) فجاء بكلام لا يسوغ طيه ولذا أورده البايرتي بحروفه دون عزوه ، ومفاد كلامه أن الضمان الأصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة ، وانما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا ، ولم يوجد حينئذ شرط البائع الخيار لنفسه ، فبقى الضمان الأصلي في مدة الخيار . وأما إذا هلك بعدها (وهي الحالة الثانية المعجل بذكرها تمهيدا) فيلزمه الثمن لا القيمة ، لبطلان الخيار اذ ذاك بتمام الرضا . وكذلك الحكم عند الشافعية اذ قالوا يرد البائع الثمن على المشتري وبغرمه القيمة في مسألة قبضه آياه (إذا قبضه) ثم إيداعه عند البائع ^(٣) .

٢ - اذا كان الخيار للمشتري وقد قبض محل الخيار فهلك في يده فالضمان منه أيضا ، ولكن الضمان هنا بالثمن .

وبين هذه الحالة وسابقتها فرق من حيث كيفية الضمان فهنا بالثمن وهناك الضمان بالقيمة ، وقد أشار صاحب الهداية إلى وجه الفرق ، وتابعه الشراح مفصلين الوجه نفسه ، بأنه إذا كان الخيار للمشتري وهلك المبيع فإنه

(١) إذا لم يكن الضمان بالثمن فهو بالمثل في المثل أو بالقيمة ان لم يكن مثليا ، فالقيمة هي بديل عن المثل وانما يقع النص عليها دون ذكر المثل لأن ذكرها مقتضى للعلم به فلذا يحرصون على ذكرها دونه .

(٢) المقبوض على سوم الشراء هو ما أخذه المشتري على قصد الاتباع للنظر والاختيار من غير ابرام البيع فهلك في يده . ومن المقرر أن ضمانه هو فيا اذا كان القبض بعد تسمية الثمن . أما إذا لم يتم ثما فلا ضمان في الصحيح (فتح القدير ٥/٥٠٤) .

(٣) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥/٥٠٤ .

بمثابة تعيب آل إلى تلف ، لأن التلف لا يعرى عن مقدمة عيب فبدخول العيب على محل الخيار لا يملك المشتري (صاحب الخيار) الرد على البائع حال قيام العيب ، فإذا اتصل به الهلاك لم يبق سائغا معها الرد فيهلك المحل بعد أن انبرم العقد بمقدمات الهلاك ويلزوم العقد يجب الثمن لا القيمة .

أما فى حالة كون الخيار للبائع وتلف المبيع عند المشتري بعد القبض فإنّ تعيب المبيع واشرافه على الهلاك لا يمنع الرد حكما ، لأن خيار البائع لم يسقط لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار الذى لو رضى به يتمكن من الاسترداد فإذا هلك هلك على ملكه فينسخ العقد ضرورة لعدم المحل فيكون ضمانه كالمقبوض على سوم الشراء أى بالقيمة ، لا بالثمن لفقدان العقد^(١) .

أما عند المالكية فالضمان منسجم مع الملك الذى جعلوه ثابتا مطلقا للبائع ، فالضمان عليه أيضا الآ فى استثناءات يدعو إليها اعواز المشتري الدليل على حسن نيته وعدم تفریطه، لأن ضمان البائع للتلف خاص بما لو كان تلقا بمحدث سهاوى أو ضياع. ويتمثل الأصل فى صورتين :

الأولى : إذا قبض المشتري على الخيار فالضمان على البائع ، إذ هو أقدم ملكا ، فلا يتنقل الضمان عنه إلّا بتمام انتقال ملكه^(٢) وذلك الأصل ثابت فيما اذا كان محل الخيار مما لا يغاب عليه (أى : مما لا يمكن اخفائه) . حيث لم يظهر كذب المشتري فى دعواه التلف دون صنعه .

الثانية : اذا كان محل الخيار مما يغاب عليه ولكن ثبت تلفه أو ضياعه ببينة « لأن هلاكه ظاهر بغير صنعه ، وأنه غير متعد فى قبضه كالرهن والعارية » .

وفى وراء هذا الأصل ، أو بعبارة أخرى فيما كان محتززا عنه بقيود

(١) الهداية وفتح القدير والمنايا والكفاية ٥٠٦/٥ .

(٢) المواق على خليل نقلا عن ابن يونس ٤٢٢/٤ .

الصورتين السابقتين (صورة ما لا يغاب عليه ولم يثبت كذب المشتري ،
وصورة ما يغاب عليه وثبت أن التلف ليس بصنع المشتري) يكون الضمان على
المشتري وذلك يشتمل على الصور الثلاث التالية :

الأولى : أن يكون محل الخيار مما يغاب عليه ولا بينة للمشتري بالتلف
أو الضياع « لأن قبضه خارج من قبض الأمانة وإنما قبضه لمنفعة نفسه وعلى
وجه المبايعة دون الأمانة وكقبض الرهن والعارية التي جعلها النبي ﷺ
مضمونة في السلاح ، فكان ما يغاب عليه مثله .

الثانية : أن يكون محل الخيار مما لا يغاب عليه ولكن ظهر كذب
المشتري .

الثالثة : ومثله ما إذا لم يظهر كذبه ولكن نكل عن الإيمين لأن نكوله
ينافي صدقه في دعواه ^(١) لتردد النكول بين البذل أو الإقرار ^(٢) .

وعلى الطرف المقابل للمالكية وقف الحنابلة من حيث إنهم جعلوا الملك
للمشتري ، فذهبوا أيضا إلى أن ضمان محل الخيار على المشتري « لأن ملكه ،
وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار . ومثولته عليه . . » ^(٣) . وهذا
على إطلاقه (قبل القبض أو بعده) إذا كان محل الخيار من غير المكيل أو
الموزون ونحوهما كالمعدود والمذروع شريطة أن لا يكون عدم القبض ناشئا من
منع البائع .

أما إذا كان محل الخيار من المكيل أو الموزون ونحوهما فلا بد من القبض
ليظل ضمانه على المشتري ، فإن كان القبض لم يحصل فالضمان حينئذ على
البائع . ويعتبر الحكم في المكيل والموزون استثناء ، بل هو الذي تقتضيه

(١) المواق على خليل ٤٢٢/٤ والحرثي على خليل ٣٠/٤ والدسوقي على الشرح الكبير ١٠٤/٣ .

(٢) ان زيادة صور الاستثناء عن الصور السابقة معتبرة أصلا لا أثر له ، لأن أصالة تلك الصور من حيث
انسجامها مع جعل الملك للبائع فلا ضرر من أن تكثر الاستثناءات الخافضة للبدا المنطقي .

(٣) المغني لابن قدامة ١٥٣/٣ .

أصول الخاتبة من اعتبارهم القبض ضمنية لابد منها فى المكيل والموزون لينتقل ضمانه عن البائع إلى المشتري ، وهو حكم يتفق فيه البيع المقيد بالخيار والبيع المطلق^(١) وعلة ابن قدامة بأنه يتعلق به حق توفية ، وجاء فى كشف القناع ما يدل على المراد بهذه العبارة وهو أن المراد بالقبض فى المكيل والموزون هو اكتياله أو وزنه ، وليس بمجرد التخلية كما هو عند الحنفية ، فبالاكتيال يعرف هل وصل إلى المشتري حقه كاملاً أم نقص منه أو زاد عنه . . .
والزبدية بعد أن جعلوا محل الخيار ملكاً للمشتري مضوا فى ذلك إلى آخر الشوط فقالوا : ان تلف قبل الفسخ ضمنه المشتري^(٢) .

وليس الحال كذلك لدى الامامية بالرغم من قولهم بتملك المشتري محل الخيار بالعقد فى الضمان قالوا انه على من ليس له الخيار شريطة حصول القبض ، لأن من ليس له خيار قد استقر عليه العقد ، فإذا كان الخيار للبائع فالضمان على المشتري (وهذا منسجم مع قولهم بأن الملك له) وإذا كان الخيار للمشتري فالضمان على البائع ، وهم فى هذا يتركون الأصل السابق .

وقد تعرض الحلبي المعروف بالمحقق إلى مسألتين للمقارنة وهى ما لو كان التلف قبل القبض فالضمان من البائع ، وما لو كان التلف بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان حينئذ من المشتري ولا ريب^(٣) .

وللاباضية أقوال ثلاثة فيمن عليه الضمان : البائع مهما كان صاحب الخيار ، أو المشتري مطلقاً أيضاً (ويتضمن الثمن ان اشترط هو الخيار ، والقيمة ان اشترطه البائع) ما لم يمنعه البائع منه أما إذا منعه فضمانه على البائع ، والقول الثالث ان ضمانه على البائع مطلقاً من حيث المنع وعدمه وكائناً من كان صاحب الخيار^(٤) .

(١) المفتى ٢١٩/٤ مع الشرح الكبير وفى المفتى : وقضى كل شئ بحسبه ، فان كان مكيلاً أو موزوناً بيع كميلاً أو وزناً قبضه بكياله ووزنه . (٢٢٠/٤) ونحوه فى كشف القناع ٢٤٦/٣ .

(٢) البحر الزخار ٣٠٠/٣ .

(٣) شرائع الاسلام ١٧٠/١ والمكاسب ٣٠٠ نقلاً عن السرائر ومفتاح الكرامة .

(٤) شرح النيل ٥٦٤/٤ .

كيفية الضمان :

وفى الصور التى يكون الضمان فيها من المشتري يضمن الأكثر من ثمنه والقيمة ان كان الخيار للبائع ، لأن من حقه اختيار الامضاء ان كان الثمن أكثر ، والرء ان كانت القيمة أكثر - إلا أن يحلف المشتري أنه ما فرط وضمانه هو الثمن - ومثله ما لو كان الخيار للمشتري وغاب عليه وادعى ضياعه ولم تكن له بينة فيضمن الأكثر من الثمن والقيمة .

أما اذا كان الخيار لهما ، فالظاهر تغليب جانب البائع ، أى الأكثر من الثمن أو القيمة .

وفى حالة الضمان من البائع اذا كان قد قبض الثمن وغاب وادعى التلف - والخيار لغيره للمشتري أو الأجنبى - فيضمن الثمن ، أى يردده ان قبضه . والمراد من القيمة قيمته يوم قبض المشتري المبيع ولا يكلف المبيع مع الضمان ^(١) .

المبحث الرابع

أثر الخيار على زيادة المبيع وغلته ونفقته

ستكلم عن غلة المبيع وزيادته وأثر الخيار على ذلك . أما النفقة فمن المقرر أن النفقة يجرى عليها حكم الغلة ، فمن تكون له الغلة تترتب عليه النفقة ، لأن الغرم بالغرم ^(٢) .

وقبل التعرض إلى ملك الزوائد التى تحدث فى محل الخيار لا بد من بيان أنواع تلك الزوائد ، وهى الأنواع التى ترجع إلى كون الزيادة متصلة أو منفصلة ، وكل منهما اما متولدة من الأصل أو غير متولدة . على أن الكاسانى ذهب إلى تقسيم غير المتولدة إلى قسمين : أحدهما : الزيادة غير المتولدة لكنها

(١) المسمى على الشرح الكبير ١٠٤/٣ .

(٢) من القواعد الكلية التى صدرت بها مجلة الاحكام العدلية ، المادة ٨٧ .

بدل جزء فائت أو ما هو بمعنى الجزء كأرّش الجناية ، والثاني ما لم يكن كذلك. وغير الكاساني من المصنفين لم يحتفل بهذه المرتبة الثالثة من التنوع لأنهم اعتبروا ما كان بدل جزء فائت مندرجا في قسم الزيادة المتولدة كما يعرف ذكره في أمثلتها^(١) كما سترى .

١ - الزيادة المتصلة المتولدة ، كالسمن في الحيوان وزيادة وزنه ، والبرء من داء كان فيه ، والنضج في الثمر ، والحمل الذى يحدث زمن الخيار (أما الموجودات عند العقد فهو معقود عليه كالأم ، فيقابله قسط من الثمن على ما قال الشافعية) .

٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل ، ومثالها : الصبغ ، والخياطة ، والبناء في الأرض ، والغرس فيها ، ولت السوق بسمن .

٣ - الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل ، ومثالها : الولد ، والثمر ، واللبن ، والبيض ، والصوف .

٤ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل . ومثالها : غلة المأجور ، وكسب الرقيق وما يوهب له أو يتصدق به عليه ، ومنها أيضا : أرش الجناية على عضو من الرقيق أو الحيوان والعقر وهو ما يعتبر مهراً للوطء بشبهة . على أن الكاساني جعل هذين المثالين قسما برأسه سباه : الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لكنها بدل جزء فائت وهو أرش الجناية ، أو بدل ما هو بمعنى الجزء وهو العقر^(٢) . ولا يخفى ان هذا خلاف في التسمية مع وحدة الحكم .

هذا تقسيم الخفية للزوائد ، وهم أكثر الفقهاء عناية بتنوعها ، نظرا لنفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع أما غيرهم فما يبن موحّد النظر

(١) البدائع ٢٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ نقلا عن الينابيع ، والمجموع للنووى ٢٢١/٩ ومغنى المحتاج ٤٨/٢ وشرح الروض ٥٣/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ نقلا عن السراج الرواج والنهر الفائق وغيرهما .

إلى الزيادة ، أو مكثف بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة وإدارة الحكم على ذلك فقط .

وإن للزوائد فى محل الخيار أحكاما أهمها اثنان : أحدهما : لمن يكون ملك الزوائد. والثانى: كونها تمنع الرد ، أى نعدم الخيار بالإلزام صاحبه بالإجازة دون الفسخ، وهذا الأخير له موقعه المناسب فى مباحث سقوط الخيار فلا تعرج عليه هنا إلا بمقدار ما يحتاج إليه لضبط أحكام الملك . وسرى أن الحنفية ضبطوا أحكام ملك الزيادة بحكم امتناع الرد وعدمه . وذهب الحنفية إلى أن الأصل فى الزيادة أنها تمنع الرد ويسرى امتناع الرد على جميع أنواعها سوى الزيادة المنفصلة غير المتولدة اتفاقا ، والزيادة المتصلة المتولدة على خلاف . فحيث يمتنع الرد ينبرم العقد ويلزم وتكون الزوائد مطلقا للمشتري الذى صار إليه ملك الأصل . أما فى الزيادة المنفصلة غير المتولدة حيث لا يمتنع الرد وفى الزيادة المتصلة المتولدة حيث اختلف فى امتناعه ، فيحق لنا التساؤل : لمن ملك تلك الزوائد؟^(١) .

الزيادة المنفصلة غير المتولدة :

إذا كانت زوائد محل الخيار من نوع المنفصلة غير المتولدة من الأصل - وليس منها ما جعله الكاسانى قسما مستقلا وهو غير المتولدة لكنها بدل جزء فائت كالأرش ، أو ما هو بمعنى الجزء كالعقر - ففيها يجرى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه . وهذا الخلاف لا مجال له ان اختار المشتري امضاء العقد لأنه حينئذ يملك الأصل والزوائد اتفاقا ، لأنه بالامضاء تبين أن الزوائد كسب ملكه فكانت ملكا له. أما ان اختار المشتري الفسخ وإعادة محل الخيار إلى البائع فهل يعيد معها الزوائد أم لا؟ قال ابو حنيفة : يرد الأصل مع الزوائد بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا ، فاذا حصل الفسخ تبين أنه لم يدخل فى ملك المشتري فالزيادة حصلت على ملك البائع فترد إليه مع

(١) البحر الرائق ١٥/١٦ نقلا عن التارحانية ، ونقله عنها ابن عابدين أيضا ٥٤/٤ .

الأصل . وعند الصاحين : المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد
 حاصلة على ملكه ، فيظهر أثر الفسخ في الأصل لا في الزوائد لأنها بقيت على
 حكم ملك المشتري فيأخذها هو^(١) . وهذه المسألة مبنية على الخلاف الكبير
 السابق .

الزيادة المتصلة المتولدة :

وقد سبق ذكر أمثلتها وأوضحها مثال السمن . فقد ذهب أبو حنيفة
 وأبو يوسف إلى أن الخيار يسقط بهذه الزيادة . وقد عرفنا أنه يمتنع الرد بتملك
 صاحب الخيار الأصل والزيادة، لأنه تين بامضاء العقد أنه المالك لحل الخيار
 فيملك زوائده مهما كان وصفها . وعند الامام محمد لا يبطل الخيار فله أن
 يختار بين الامضاء والفسخ^(٢) ويكون مبره هذه الصورة مماثلا للصور السابقة
 (صورة الزيادة المنفصلة غير المتولدة) حيث يظل صاحب الخيار متمكنا من
 استعمال خياره .

وقد تعرض ابن نجيم في البحر لمسألة تبعية الزوائد للأصل في الملك
 إذا أجزى البيع وكان الخيار للبائع ، كيف لم تعتبر الزوائد حادثة على ملك البائع
 تبعا مع اعتبار الأصل (المبيع) لم يخرج من ملكه ؟ فنقل عن المعراج أن
 « السبب المنعقد في الأصل يسرى إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له
 عند وجود الشرط ، فكما يثبت الحكم في الأصل يثبت في الزوائد قال عقيب
 ابنُ نجيم : - يعنى فالأصل وإن بقي على ملك من له الخيار (أى البائع هنا)
 لا يملك الزوائد إذا أجزى البيع^(٣) .

ولللكية منحنى آخر في شأن الزوائد ، فهم لم ينظروا إلى الاتصال
 والانفصال ، كما لم يعتبروا التولد على إطلاقه بل خصّوا ما يعتبر جزءا باقيا من

(١) بدائع الصنائع ٢٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ نقلا عن السراج الوهاج ، شرح المجلة للأتمى ٢٤٣/٢
 والبحر الرائق ٢٦/٦ .

(٢) البدائع ٢٧٠/٢ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ .

(٣) البحر الرائق ٩/٦ .

المبيع فاعتبروه لا يفصل عنه فى العقد ، ومثلوا له بالولد والوصف . فالولد لأنه ليس بقلة - ومثله الصوف تم أم لا « لأنها كجزء المبيع ، أى أن الولد كاجزاء الباقي ، بخلاف أرش الجناية فإنه كجزء فات وهو على ملك البائع »^(١) . يكون مملوكا للمشتري ، وما عداه فهو للبائع ، لأنهم قائلون بأن الملك فى الأصل - زمن الخيار - يظل للبائع حتى يستعمل صاحب الخيار خياره . ويترتب على هذا أن تكون الزوائد كلها - عدا الولد والصوف - للبائع ويشتمل ذلك على :

١ - ما يوهب للمبيع زمن الخيار ان كان أهلا لأن يوهب له - وهو الرقيق - فهو للبائع إلا أن يشترط المشتري أن يكون له مال المبيع ، فيتبعه حيثئذ ما يوهب له ، لأنه بالاشتراط يتبعه المال المعلوم والمجهول وهو ما يوهب له زمن الخيار .

٢ - الغلة الحادثة زمن الخيار من لبن وسمن وبيض ، للبائع أيضا .

٣ - أرش الجناية على المبيع بالخيار للبائع أيضا .

ولا يتغير الحكم فى النوعين الأخيرين باشتراط مال المبيع للمشتري فلا أثر لهذا الاشتراط إلا فى النوع الأول أى ما يوهب للمبيع أما هذان فلا يتبعان مال المبيع بالاشتراط^(٢) .

ومذهب الاباضية قريب من هذا الاتجاه المالكى وإن خالفوهم فى التطبيق ، فقد فرقوا فى الزوائد بين المنفصلة والمتصلة ، فالمنفصلة كالغلة والتاج (الأولاد) والعقروالأرض وقيمة التالف ، وكالتماء أى الصوف والوبر واللبن ومثله كراء الدار، فهذا ملكه لمن كان بيده ، أى لمالكه الأول وهو البائع ، سواء كان المبيع أو بيد المشتري ، هذا إذا كانت منفصلة ، أما المتصلة

(١) الدسوقي على التدوير ١٠٤/٣ الحرقى ٣٠/٤ .

(٢) التدوير على خليل بحاشية الدسوقي ١٠٣/٣ - ١٠٤ والواق على خليل ٤٢٢/٤ .

ومرادهم بالمتصلة : « ما لم تنفصل ولم يحتاج لفصلها » ولم يذكروا مثالا ما لهذا النوع ، ولعل المراد كل ما كان من تلك الزوائد السابقة ملتصقا بالمبيع ، فحكمه أنه مملوك لمن يديه الشيء في الحال ، والقاعدة أنه يكون زمن الخيار بيد المشتري كما ذكر صاحب شرح النيل وأضاف : وظاهره أن المراد بمن في يده : البائع أو المشتري أى يكون حكم الزيادة تابعا للقبض^(١) .

أما الحنابلة فانهم لم يتخلوا عن قاعدتهم السالفة في ملكية محل الخيار ، حيث جعلوها للمشتري بمجرد العقد قبل ظهور نتيجة الاختيار فالزوائد للمشتري أيضا ويشتمل ذلك على المتصلة والمنفصلة كالكسب والأجرة ، بل لو كانت نماء منفصلا متولدا من عين المبيع كالثمرة والولد واللبن ، والحكم كذلك ولو كان المبيع في يد البائع قبل القبض (وفي هذه الحال تعتبر الزوائد أمانة عند البائع فلا يضمنها للمشتري ان تلقت بغير تعد ولا تفرط خلافا لحكم المبيع نفسه فهو مضمون قبل قبضه) وسواء تمخض الخيار عن امضاء العقد أو فسخه .

وقد استدل ابن قدامة للمذهب بحديث : « الخراج بالضمان » (الذى رواه الترمذى وصححه) وهذا من ضمان المشتري . واستدل له أيضا بانتقال الملك إلى المشتري أى فهي تتبعه في الانتقال . أما الزيدية فقد ربطوا ملك الزوائد بمصير الخيار ، أى باستقرار الملك بعد استعمال الخيار ، فعندهم حكم « الفوائد » أى الزوائد مطلق في زمن الخيار لمن استقر له الملك لأنها كالجزء منه^(٢) .

(١) شرح النيل ٥٦٢/٤ .

(٢) كشف القناع ٢٠٧/٣ - ٢٠٨ والمغنى لابن قدامة ٣٧/٤ والشرح الكبير على المنقح ٧١/٤ والبحر الزخار ٣٥٠/٣ .

المبحث الخامس

أثر الخيار على تسليم البديلين

من قضايا الخيار المتفرعة عن مبحث حكم الخيار قضية التسليم التي ظهرت بوضوح في مبحث نقل الملك وعدمه .

فالتسليم هل يجب أم لا ؟ وعلى القول بعدم الوجوب هل يصح اشتراطه ؟ وأخيرا هل يجوز القيام به تطوعا ؟

المطلب الأول

عدم وجوب التسليم

اتفق الفقهاء على أنه لا يجب تسليم البديلين في مدة الخيار في حال الاطلاق وعدم اشتراط التسليم ، فليس بواجب على البائع تسليم المبيع ابتداء ، ولا يجب على المشتري تسليم الثمن ابتداء لاحتمال الفسخ ما لم تمض مدة الخيار ، أو يسقط صاحب الخيار خياره^(١) .

أما التسليم للثمن أو المبيع اختيارا وطواعية فلا مانع منه أى لا يبطل الخيار (ولا كراهة فيه) عند الحنفية والمالكية - مع استثناءات قليلة - والشافعية والحنابلة والامامية^(٢) ، فإذا بادر أحدهما أو كلاهما إلى تسليم ما بيده - في مدة الخيار فهو جائز ، لأى منهما كان الخيار ، ولا أثر للتسليم على الخيار فنقد الثمن للبائع أو دفع المبيع للمشتري لا يبطل الخيار شريطة أن يكون تسليم البائع المبيع للمشتري على وجه الاختبار والنظر في صلوحه أو عدمه ،

(١) فتح القدير ٤٩٩/٥ والمنتبة ٤٢/٣ والبحر الرائق ١٥/٦ والفتاى ٥١٨/٣ .

(٢) الدسوقي ٩٤/٣ و ٩٦ والجموع ٢٢١/٩ - ٢٢٣ شرح الروض ٥٤/٢ والمكاسب نقلا عن التذكرة ص ٣٠٢

والبحر الرائق ٥٤/٦ المجموع ٢٢٣/٩ .

أما ان سلمه المبيع على وجه التملك - والخيار للبائع - فإن خياره يبطل^(١) .

إلا أن هناك حالة خاصة هي ما لو جاءت صيغة الخيار بصيغة التعليق على النقد، بأن قال : ان لم أنقدك الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بيننا. فالنقد هنا يسقط الخيار . وهذا في الحقيقة نوع من خيارات الارادة مقيس على خيار الشرط ويتميز عنه باسم وأحكام خاصة حيث يدعى (خيار النقد) وسيأتى .

إذا سلم أحدهما تطوعا فامتنع الآخر فقد اختلف فيه الفقهاء ، فأبو حنيفة ذهب إلى أنه لا يجبر الآخر على التسليم أبأ كان صاحب الخيار وله استرداده . ومذهب الشافعية عدم اجبار الآخر أيضا وهم يقولون بأن لمن سلم مؤملا التسليم من صاحبه فلم يحدث فله أن يسترد^(٢) .

ومذهب أبو يوسف إلى التفريق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري ، ولا يظهر رأي محمد في هذه المسألة . على أن هناك عبارة مشكلة نقلها صاحب البحر عن جامع الفصولين نصها : « إذا كان الخيار للبائع فإنه يملك مطالبة المشتري - بالثمن بخلاف ما اذا كان للمشتري » ولا يمكن إزالة ما بين شطريهما من تناقض إلا باعتبار الأساس للشرطين مختلفا والأول على رأى الصاحبين القائلين بنقل الملك ، أما الشرط الأخير من العبارة فهو على مذهب أبى حنيفة الذى ينفي نقل الملك أصلا^(٣) .

أما المالكية فإنهم بعد أن أجازوا النقد تطوعا استثنوا من ذلك أربع مسائل عددها خليل فى مختصره وتناولها الشراح والمحشون بالتفصيل ، غير أن

(١) فتاوى قاضىخان ١٧٩/٢ والبحر الرائق ١٠/٦ نقل عن جامع الفصولين - ٢٤٤/١ - وقد وقع فيها بلطف « الاختيار » مصدر اختار ، ولعل الصواب « الاختيار » من اختير ، لأن الاختيار إن قصد به اختيار العقد فهو فى معنى التملك ، وإن قصد به اختيار الفسخ فلا داعى لتسليم المبيع للمشتري ، فالمراد اذن التسليم لأجل النظر والخبرة . وربما صحت الكلمة كما جاءت على معنى عمل الاختيار وهو التأمل والنظر .

(٢) البحر الرائق ٥٤/٦ المراجع السابقة للحنفية والفتاوى الهندية ٤٢/٣ وشرح الروض ٥٤/٢ .

(٣) البحر ١٠/٦ عن جامع الفصولين ٢٤٤/١ والغريب أننى لم أجد فى جامع الفصولين إلا الشرط الأخير من العبارة بعد طول البحث ، وكذلك استشكل العبارة الأستاذ شفيق أيوب فى خيار الشرط ١١٢ .

الشارح الدردير ذهب إلى أنه لا خصوصية للأربع المذكورة ، أى فهي مجرد أمثلة ، « وضابط ذلك كل ما يتأخر قبضه بعد أيام الخيار يمنع النقد فيه » ثم أشار إلى أنه مخصوص بكون الثمن مثليا وقد عبر عنه ابن رشد فى المقدمات ٥٦٢/٢ بقوله : « ما لا يمكن التناجز فيه بعد أمد الخيار . لأنه إن تم البيع دخله فسخ الدين » .

أما الصور الأربع التى اعتبرت أمثلة لهذا الضابط إذا تضمنت خيار الشرط فهي :

- ١ - بيع الشيء الغائب .
- ٢ - والكراء .
- ٣ - والسلم .
- ٤ - وبيع الأمة المواضعة وهى التى يتواضع مثلها أى توضع عند أمين انتظارا لظهور براءتها من حمل أو تبين حمل . .

والعلة فى هذه الأمثلة الأربعة وسواها ان النقد فى ذلك يؤدى إلى أن ما فى الذمة - وهو الثمن الذى قبضه البائع - يفسخ فى مؤخر وهو المبيع الذى يتأخر قبضه ، لأن المبيع إذا تم بانقضاء زمن الخيار فقد فسخ المشتري الثمن الذى له فى ذمة البائع فى شئ لا يتعجله الآن ^(١) .

وقد ذكروا وجه الفرق بين البيع والكراء فى جواز النقد تطوعا فى الأول دون الثانى بأن اللازم فى النقد فى البيع مع الخيار التردد بين السلفية والثنية وهذا انما يؤثر مع الشرط ، واما الكراء حيث كان فيه الخيار فاللازم فيه فسخ ما فى الذمة فى مؤخر ، وهذا يتحقق فى النقد ولو تطوعا ^(٢) .

(١) الدردير وحاشية الدسوقي ٩٧/٣ والحرشى ٢٥/٤ والخطاب والمواق ٤١٨/٤

(٢) الحرشى ٢٥/٤

المطلب الثاني

التسليم بالاشتراط

أما تسليم المبيع في حال الاشتراط فأحكامه تستمد طبيعتها من أساس آخر يدور حول ضرورة اختبار المبيع والنظر في صلاحه للمشتري وحاجته إليه وذلك لا بد فيه من معاينة وبما أن هذه الغاية يفتقر فيها المثلي عن غير المثلي - وهو الذي يصطلح المالكية على تسميته بالمقوم ، أو ما يعرف بعينه فقد كان لهذا أثره في تحديد الأحكام :

فالمبيع اذا كان مثليا فاشتراط التسليم للمشتري وغيبته عليه مفسد (بل ان الفساد يشمل اشتراط البائع ذلك) ، أما التسليم لأحدهما والغيبة عليه دون اشتراط فلا مانع منه .

والعلة فيه تردد المبيع بين السلفية والثمنية وهو في حال غيبة المشتري ظاهر ، وأما في غيبة البائع فيقدر أن المشتري كأنه التزم شراء المثلي - وأخفاه في نفسه - وحين شرط البائع الغيبة عليه أسلفه له ، فيكون بيعا ان لم يرده ، وسلفا إن رده ، أما لو كان المبيع من غير المثليات وهو ما يعرف بعينه فاشتراط تسلمه والغيبة عليه من المشتري جائز وملزم ^(١) .

وإذا لم يقع اشتراط تسليم المبيع للمشتري - وهو غير مثلي - فإذا طلب تسلمه أجباب إلى طلبه أم لا ؟

ينظر إلى كيفية اشتراطه الخيار ، فان كان قد بين أنه يشترط الخيار للاختبار وهو يريد الآن قبض المبيع ليختبره - والبائع يأبى - يقضى للمشتري بتسلمه . وإن كان بين الغرض من الخيار بأنه للمشورة والتروى في الثمن لم يقض له بأخذ المبيع . وفي حال الاطلاق يحمل على التروى ، أى لا يقضى له

(١) الموسوي على الشرح الكبير ٩٥/٣

بتسلّمه إلّا إذا ادعى كل منهما رغم الاطلاق غير ما ادعاه الآخر فيفسخ البيع^(١).

فإذا كان الخيار للمشتري - والتسليم كما سبق ليس واجبا عليه ولا على البائع - فبادر المشتري إلى تسليم الثمن فيجبر البائع حينئذ على تسليم المبيع إليه. وكذلك لو كان المبادر للتسليم هو البائع فيجبر المشتري على تسليم الثمن. وبالرغم من ذلك يبقى البائع أو المشتري على خياره ، ولا يعتبر التسليم اسقاطا في أصح الروايتين .

أما إذا كان الخيار للبائع وبادر المشتري إلى نقد الثمن وطالب بتسليم المبيع فامتنع البائع من ذلك لم يجبر على التسليم غير أنه يجبر على رد الثمن^(٢) . ولم يذكروا تعليلا لهذه التفرقة ، لكن يمكن أن تكون العلة ابتناء هذا على ما ذهب إليه أبو يوسف مع محمد من القول بنقل الملك للمشتري إذا كان الخيار له ، فالتسليم منه مستدع اجبار البائع على التسليم لأن البائع لم يبق له ملك للمبيع لعدم اشتراطه الخيار ، أما فيما إذا كان الخيار له فالملك له أيضا فلا يجبر على التسليم بمجرد مبادرة المشتري لتسليم الثمن مادام هو على خياره .

أما في حال الاشتراط عند المالكية فلا بد من البحث في كل من الثمن والمبيع على حدة : أما اشتراط تسليم الثمن - والخيار قائم - فقد نص المالكية على المنع إذا كان الثمن من المثليات ، والعلة فيه تردد العقد عندهم حينئذ بين السلفية (في السلف) والتمنية (في البيع) تبعا لفسخ العقد أو امضائه ، وذلك عند المالكية من الأمور المفسدة ، لكن ابن رشد الحفيد قال عن هذا : فيه ضعف^(٣) . ومن المفيد الإشارة إلى أن ابن قدامة من الحنابلة والنووي من الشافعية ذكرا لمذهب المالكية في المنع (دون التفرقة بين اشتراطه أو التطوع به) علة لم أجدها لهم في كتبهم المتداولة تلك العلة هي أن النقد في الخيار في

(١) الدسوقي ٩٤/٣ والخطاب ٤١٤/٤ والخرشي ٢١/٤ والمقدمات ٥٥٨/٢

(٢) الفتاوى المندبة ٤٢٠/٣ والبحر الرائق ١٥/٦ والتمام على الزيادات (مخطوط)

(٣) بداية المجتهد ٢١٠/٢ .

معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه ، ثم ناقش ذلك بأن النقد حكم من أحكام المبيع فجاز في مدة الخيار . وما ذكره الحنابلة علة لا يصلح ، لأننا لم نجز التصرف له .

ولو أن غير المالكية في مناقشتهم لما ذهبوا إليه من منع الاشتراط أصابوا محز العلة عندهم لكان ذلك ما يهدفون إليه ، ولكنهم تناولوا علة لم يتعرض لها أصحاب الكتب المتداولة ، ولعلها في كتب متقدمى المالكية .

وعلى أى حال فإن ما ذهب إليه المتأخرون من التعليل من أن فيها بيعا مشروطا فيه سلف غريب جدا لأن ذلك لا ينطبق إلّا فى حال انفساخ العقد ، وليس من (المألوف) هذا التطبيق فى انتزاع العلل للمنع أو الجواز فالمتعاقدان الآن تجاه بيع فيه خيار ، والنقد فى البيع - كما قال الحنابلة والشافعية - حكم من أحكامه لا ينحصر فى الخيار الّا بدليل ، وأما احتمال التصرف فيه فهو ممنوع منه بالنصوص العامة من الشريعة . فالراجع - كما يبدو - هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز التسليم بالاشتراط .

أما حكم البيع السابق عند المالكية فهو الفسخ ولو اسقط شرط النقد على المعتمد وقد اختلف الحكم هنا عنه فى البيع اذا صاحبه شرط السلف فهناك إذا أراد مشروط السلف اسقاطه صح البيع ، والعلة فى التفرقة ان الفساد فى اشتراط النقد فى البيع بخيار واقع فى الماهية لأنه غرر فى الثمن إذ المقبوض لا يدري هل هو ثمن أم لا ؟ أما مسألة اشتراط السلف فى البيع فان الفساد فيها موهوم وخارج عن الماهية ، على أن هذه التفرقة فى الحكم بين المسألتين لم تُرضِ ابن رشد (الجدل) فقال : وفى كتاب سحنون انه كالبيع ، ولا فرق عندى بين المسألتين .

ومثل ذلك عندهم ما إذا تواطأ على النقد قبل البيع ولم يذكره شرطاً فى عقدة البيع^(١) .

(١) المقدمات لابن رشد ٥٢٢/٢ الدسوقي ٩٦/٣ الخطاب ٤١٧/٤ .

ومذهب الشافعية أنه بتسليم أحدهما ما بيده لا يجبر الآخر على التسليم ، وللأول استرداد المدفوع ، وفي المذهب وجه ضعيف أنه ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه بغير رضاه قال النووي : وممن حكى هذا الوجه الرافعي ^(١) .

وقف الثمن :

تعرض المالكية للمسألة التالية : لو طلب البائع وقف الثمن أى اخراجه من يد المشتري ووضعه على يد أمين حتى يتبين مآل أمر البيع هل يتم فيأخذه البائع أولا فيرجع إلى المشتري ، وأجابوا عن ذلك بأنه لا يجب ذلك على المشتري اتفاقا - على ما قال بعضهم - وحكى آخرون قولاً بالاتفاق على أنه يلزم المشتري ذلك ، وقاسوه على المشهور فى بيع الأمة المواضعة ، وبيع الغائب . من لزوم إيقاف الثمن ، والذين لم يقبلوا هذا رأوا فرقا بين هذا وبين المقيس عليه ، ففي الأمة المواضعة والغائب ، قد انبرم العقد . أما فى البيع المقترن بخيار الشرط فإنه لم ينبرم . قال الخطاب : ونقله ابن الحاجب وصاحب الشامل وغيرهما ^(٢) .

الفرع التاسع

زوال الخيار

خيار الشرط ، باعتباره مؤقتا - إما أن يظل إلى أن يحل أجله بانقضاء المدة أو ما فى حكمها وهو باستعمال الخيار بالفسخ أو الامضاء أو بانقضاء المدة وهو بتمتلة الامضاء وذلك كله يحسن تسميته انتهاء الخيار ، وإما أن يتخزم قبل ذلك بمانع يتعذر معه الفسخ الذى هو « موضوع الخيار ومقصوده » . وأسباب هذا الأخير اضطرارية ليست من صنع صاحب الخيار . ولعل من المفضل أن يسمى ما ينشأ عنها « سقوطا » للخيار ، وتسمى هى « مسقطاته »

(١) المجموع ٢٢١/٩ وأسنى الطلاب ٤٤/٢ والمفتى ٥١٨/٣ وكشاف القناع ٢١٠/٣

(٢) الخطاب على خليل ٤١٧/٤ .

أو « أسباب سقوطه » إزاء تسمية ما يحدث عن تلك الأسباب الاختيارية باسم « انتهاء الخيار » .

ثم ان « سقوط الخيار » ينشأ عنه دائماً لزوم العقد ، أما « انتهاء الخيار » فهو كما ينشأ عنه اللزوم قد ينشأ عنه فسخ العقد كما إذا استعمل خياره للفسخ ، فتسميته السقوط وإضافتها للخيار على ظاهر اللفظ ، أما في « انتهاء الخيار » فالمراد انتهاءه وزواله سواء زال بإمضاء العقد ولزومه أو بامتناع حق الفسخ وزوال العقد من أساسه .

وأخيراً لا بد من التعرّض لحالة (اسقاط الخيار) وان كانت صيغة غير عملية كما سيّرى :

المبحث الأول

اسقاط الخيار قبل قيامه

لا يتصور اسقاط خيار الشرط قبل ثبوته ، لأنه خيار ارادى لا بد لثبوته من تنصيب المتعاقدين على اشتراطه فلا معنى لأن تتفق ارادتهما على اشتراطه ثم يتفان ثانية على اسقاطه قبل قيامه وموطن ذلك الاسقاط قبل الثبوت هو الخيارات الحكيمة التي تثبت بنص الشارع .

أما الاسقاط في أثناء المدة فما هو إلا صورة من صور امضاء العقد . لكن للشافعية فروعاً نصّوا فيها على صحة اسقاط بعض المدة كما لو كانت المدة التي اشتراطها المتعاقدان للخيار ثلاثة أيام مثلاً ثم أسقطا اليوم الثالث فيسقط ذلك اليوم دون ما قبله . أما لو أسقطا اليوم الأول فإنه تسقط الأيام الثلاثة كلها ولو أسقطا اليوم الثاني وحده يسقط هو وما بعده لامتناع اشتراط خيار متراخ عن العقد فكذا ذلك يمتنع استبقاء خيار متراخ^(١) .

(١) المجموع ١٩٢/٩ .

المبحث الثماني

سقوط الخيار

يسقط الخيار قبل استعماله بعدد من الأسباب ، هي : البلوغ في حق الصبي الذي عقد عنه وليه أو وصيه ، الجنون ونحوه ، عجز المكاتب عن الأداء ، وأخيرا موت صاحب الخيار على خلاف في هذا السبب الأخير . فضلا عن خلاف الزيدية في مسقط الجنون ونحوه (وسيأتي في انهاء الخيار بمضى المدة) .

المطلب الأول

بلوغ الصبي مستحق الخيار

يرى الإمام أبو يوسف من الحنفية أن دخول الصغير صاحب الخيار في طور البلوغ . في مدة خيار الشرط وغيره من الخيارات المحددة بوقت يسقط به الخيار للولي أو الوصي سعيا منها لمصلحة الصبي ويلزم به العقد . أما الإمام محمد فقد جزم بأن الخيار لا يسقط ثم تعددت الروايات عنه في مصير الخيار بعدئذ هل ينتقل إلى الصغير في المدة أو بدون تحديد مدة ، أو يبقى للوصي أو الولي وعلى قوله بالانتقال إلى الصبي لا يملك الوصي أو الولي الاجازة لكنه يملك الفسخ لأنه من باب دفع الحق . فيملكه (لتسهيل تقوية حقوق الصغير قبل التصفية) نظير ملك الفضولي في البيع ففسخ العقد وإن لم يملك مباشرة الاجازة . مستند القول بالسقوط ان الخيار يثبت للولي بسبب هو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ ، فلا يحتمل الانتقال إلى الصبي ^(١) .

(١) البدائع ٢٦٧/٥ - ٢٦٨ الفتاوى الحنفية ٥٤/٣ قاضيخان ٢٠٠/٢ .

المطلب الثاني

طرؤ الجنون ونحوه [تغير المحل]

قد يطرأ الجنون على العاقد صاحب الخيار ، ومثله (ما هو في محله من حيث ذهاب العقل وعجز الانسان عن اظهار موقفه ، كالاغماء والنوم أو السكته فإذا بقي ذلك حتى استغرق وقت الخيار من حالة توقيته سقط الخيار لكن سقوطه ليس لكون الجنون من أسباب سقوط الخيار ، بل لانقضاء المدة دون صدور فسخ منه ، فالجنون نفسه ليس مسقطاً بل استغراق الوقت كله دون فسخ ولذا لو أفاق خلال المدة كان على خياره فيما بقي منها في الأصح لدى الحنفية . قال ابن نجيم : والتحقيق أن الاغماء والجنون لا يسقطان الخيار وانما المسقط له مضي المدة من غير اختيار واختلاف الحكم في السكر هل هو بحكم الجنون أم يفرق بين ما يحصل منه بالبنج ونحوه من الوسائل المستخدمة في الطب وبين السكر بالحرم وينظر في المطولات .

المطلب الثالث

تغير محل الخيار

وهذا المسقط خلافي فكلما تعذر الرد بالحال التي كان عليها المبيع قبل تسلمه سقط الخيار (على تفصيل سبق معظمه في آثار الخيار على الزيادة والنقصان وملكها) .

الهلاك والتعيب والنقصان : يسقط الخيار بهلاك المبيع قبل القبض بلا خلاف بين الفقهاء أسوة بالعقد البات ، فهذا أولى لأنه أضعف منه لوجود شرط الخيار . أما ان كان الهلاك بعد القبض فقد اختلفت فيه المذاهب فهو مسقط للخيار عند الحنابلة مطلقاً^(١) ، وهو بمثابة الفسخ للعقد وسقوط الخيار

(١) المتدبة ٤٣/٣ البحر ٢٠/٦

(٢) للفتى ٥٠٩/٣ مطلب أولى الذي ٩٩/٣ كشاف القناع ٢٠٩/٣

تبعا عند المالكية^(١) . أما الحنفية والشافعية فيربطونه بمسألة انتقال الملك ، فهو عند الحنفية يفترق بين كون الخيار للبائع وحده أو له وللمشتري - فالملك للبائع - فإذا هلك لم يمكن المبادلة عليه فينفسخ العقد ويبطل الخيار . أما إن كان الخيار للمشتري فالهلاك في عداد مسقطات الخيار التي يلزم بها العقد لأنه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك . والشافعية يقولون : ان كان الخيار للبائع وحده ينفسخ العقد ، لأن الملك للبائع وتعذر نقله ، أما إن كان الخيار للمشتري أو لهما معا فلا أثر للهلاك على العقد أو الخيار وإنما تتأثر تصفية هذا العقد ، فإن اختار صاحب الخيار الامضاء فالواجب هو الثمن وإن اختار الفسخ فالواجب رد المثل أو القيمة بدلا عن المبيع^(٢) .

ومثل الهلاك النقصان بالتعيب بما لا يحتمل الارتفاع أو لا يرجى زواله مهما كان قدره أو فاعله، لإخلال النقصان بشرط الرد كما قبض . أما لو كان يرجى زواله كالمرض فالخيار باق ولا يرد حتى يبرأ في المدة فإن مضت ولم يبرأ لزم المبيع .

الزيادة : إن كان الخيار للبائع فلا خلاف أنها لا أثر لها في سقوط الخيار ، وإن كان الخيار للمشتري فلا أثر لها أيضا عند الجمهور مهما كان نوعها . وكذلك الحنفية في الزيادة المتصلة المتولدة ، أو المتصلة غير المتولدة . أو المنفصلة غير المتولدة . أما المنفصلة المتولدة من الأصل فانها تسقط الخيار لتعذر ورود الفسخ عليها لأنها غير مبيع فالرد بدلونها مؤد لشبهة الرباء وإن ردها مع الأصل كان ربح ما لم يضمن . والراجح ما ذهب إليه الجمهور فإن الفسخ يمكن أن يرد على الزيادة باعتبارها تبعا لأصلها^(٣) .

(١) الحرقى ٣١/٤ الخطاب ٤٢٣/٤ السبكي ١٠٥/٣ .

(٢) البدائع ٢٧٢/٥ و ٢٦٩ فتح القدير ١١٧/٥ البسوط ٤٤/١٣ المجموع ٢١٩/٩

(٣) البدائع ٢٦٤/٥ و ٢٨٦ فتح القدير والنهاية ١٦٠/٥ كشف القناع ٥١/٢ ط ١ الحرقى ١٢٠/٥ منى المحتاج ٤٨٢/ .

المطلب الثالث

امضاء أحد الشريكين

إذا تعاقد شريكان مع آخر على أنها بالخيار فأجاز أحدهما دون الآخر سقط الخيار بالنسبة لما جُمِعا ولزم العقد ، وهذا عند أبي حنيفة بحيث لا يملك الشريك الآخر الفسخ ، أما عند الصاحبين فالخيار لا يسقط عمن لم يجز العقد بل يبقى خياره على حاله ^(١) .

المطلب الرابع

عجز المكاتب

في صورة اشتراط المكاتب خيار الشرط لنفسه في بيع تباعه في مدة مكاتبته يعتبر عجزه عن المكاتبه مسقطا للخيار ويلزم البيع وذلك باتفاق أئمة الحنفية . لأنه لما عجز ورد إلى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة ، فيسقط الخيار ضرورة ، كما يسقط بالموت عند الحنفية ^(٢) .

المطلب الخامس

موت صاحب الخيار

موت صاحب الخيار مختلف بين الفقهاء في اعتباره مسقطا للخيار ، وله صلة وثيقة بعنوان آخر هو أولى به للتفصيل وهو (انتقال الخيار) فيعالج فيه القول بإرثه أو عدم إرثه عند الموت أو طرؤه الجنون والحجر . . . ولذا تكفي هنا هذه النبذة : إن الحنفية والحنابلة ذهبوا إلى سقوط الخيار بالموت فيلزم العقد ، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري وسواء كان صاحب الخيار أصيلا أو نائبا (وكيفا أو وصيا أو وليا) فموت من له الخيار يسقط .

(١) الفتاوى الهندية ٤٣/٣ البحر ٢٠/٦ .

(٢) البدائع ٢٦٧/٥ و ٢٦٨ .

(٣) البدائع ٢٦٨/٥ .

أما وفاة من عليه الخيار فلا يسقط بها الخيار ، بل يبقى الخيار لصاحبه ويكون رده إن شاء الرد في مواجهة الورثة . قال السرخسى : « وأجمعوا أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق »^(١) ومراده : إجماع أئمة الحنفية كما هو معروف من أسلوه .

أما المالكية والشافعية ، فقد ذهبوا إلى بقاء الخيار للورثة ، فموت صاحب الخيار عند هؤلاء ليس مسقطا ، بل هو ناقل فقط .

وسنرى الحديث عن أدلة وتعليقات الطرفين والراجح من الرأيين .
تحت عنوان : انتقال الخيار .

المبحث الثالث

انتهاء الخيار

تمهيد :

انتهاء الخيار بأحد الأسباب التي ستأتى قد يرافقه لزوم العقد - وهو الغالب - وقد ينتهى الخيار والعقد معا وذلك فى صورة واحدة حين يستعمل صاحب الخيار خياره بالفسخ للعقد لا الامضاء له فينتهى العقد ويستلزم ذلك انتهاء الخيار معه .

وأسباب انتهاء العقد يختلف عددها بحسب المذاهب وتضافيف الفقهاء لأمر غير الاختلاف المذهبى وهو عدم التفرقة بين ما يسقط به الخيار

(١) البسوط ٤٢/١٣ .

وما ينتهي به، تلك التفرقة القائمة على أن المسقط للخيار ينصرف إلى ما يقطع الخيار بالضرورة لا بالاختيار والإرادة^(١).

فأسباب الاسقاط طارئة غير إرادية . أما انتهاء الخيار فهو أن يستوفي أجله ويلغ غايته ، وأسباب الانتهاء كما سئرى كلها ارادية .

لكن أسباب الانتهاء (الارادية أو الاختيارية) نفسها تنقسم إلى نوعين :

١ - أسباب ينتهي بها الخيار أصالة وهي تلك التي تنصب على الخيار فتُنهيه دون العقد فإنه ينقلب من الجواز إلى اللزوم ، وهذا ما يحدث عند : امضاء العقد ، أو مضي المدة دون فسخ عند جمهرة الفقهاء القائلين باعتباره امضاء للعقد ، خلافاً للملكية كما سيأتى .

٢ - أسباب ينتهي بها الخيار تبعاً ، لأنها لا تتخذ من الخيار غرضاً تأتي عليه وإنما تنصب على العقد فتزيله ، ويؤايله يزول الخيار المقترن به ، ذلك لأن الخيار صفة من صفات العقد وهي لا تبقى بعد زوال الموصوف ، والمثال المنفرد لهذا الانتهاء التبعي هو : فسخ العقد .

ومن الواضح بعد هذه التوطئة صلوح هذه التسمية للتفرقة بين نوعي هذا التقسيم .

(١) ان الكاساني بعد أن سمي الجميع مسقطات للخيار قسمها إلى نوعين : اختياري وضروري (بدائع الصنائع ٢٦٧/٥) . والملكية يسمون ما يكون سبباً لانتهاء الخيار : قاطع الخيار ، أما الحنفية والشافعية فيسمونه : مسقط الخيار .

المطلب الأول

انتهاء الخيار أصالة

السبب الأول : امضاء العقد (الاجازة) :

الاجازة - أو الامضاء - تنهى الخيار ، لأن الأصل فى العقد لزوم والامتناع يعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم العقد^(١) .

وتنقسم الاجازة إلى صريح ودلالة ، وبعضهم يلحظ فى هذا التقسيم عاملاً آخر هو القول والفعل ، فالقول هو الصريح ، أما الدلالة فهى الفعل وهى كل تصرف لا ينفذ أو لا يحل فى الملك لدلالته على الرضا بلزوم العقد .

أنواعها : الاجازة نوعان : صريح أو شبه الصريح ، ودلالة .

فالصريح ، بالنسبة للبائع ، أن يقول : أجزت العقد - أو البيع

مثلاً - أو أمضيته أو أوجبته ، أو ألزمته أو رضيته ، أو أسقطت الخيار ، أو أبطلته . وشبه الصريح ما يجرى مجرى ذلك سواء علم المشتري الاجازة أم لم يعلم^(٢) . وذكر الحنفية أن صاحب الخيار لو قال : هويت أخذه ، أو أحبيت ، أو أعجبني ، أو وافقنى لا يبطل خياره^(٣) .

أما الدلالة فهى أن يتصرف صاحب الخيار فى محل الخيار تصرف المالك ، كالبيع ، والمساومة ، والاجارة ، والهبة ، والرهن سلم أو لم يسلم . (والاعتاق والتدبير والكتابة) لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك ، فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك أو تقرر الملك - على اختلاف الأصولين - وذلك دليل الامضاء^(٤) . هذا إذا كان الخيار للمشتري فإذا كان

(١) البدائع ٢٦٧/٥ .

(٢) البدائع ٢٦٧/٥ فتح القدير ١٢٠/٥ المختار ٤٢/٣ .

(٣) المختار ، نقل عن البحر الرائق ، (٤٢/٣) وهو فى البحر (٢٠/٦) متولاً عن جامع القصولين .

(٤) البدائع ٢٦٨/٥ .

للبائع فالدلالة على الامضاء فى حقه أن يتصرف فى الثمن بعد قبضه بالبيع أو نحوه ، إذا كان الثمن مما يتعين بالتعيين .

هذا ولا يشترط بقاء المحل للاجازه ، ذلك أنه فى الاجازه يثبت الحكم بطريق الظهور المحض ، وليس الانشاء ، فبالاجازه يظهر أن العقد من وقت وجوده انعقد فى حق الحكم ، والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازه ^(١) .

كما لا يشترط علم العاقد الآخر بالاجازه ^(٢) ، فلو أجاز العقد فإنه لازم منذ الاجازه سواء بلغ العاقد الآخر ذلك أم لا .

انتهاء الخيار بعوض : ومن مباحث زوال الخيار أيضا الاعتياض عنه لإسقاطه ، والحق أن المراد بالإسقاط هنا امضاء العقد فالمسألة ليست الأبدل عوض على امضاء العقد وبذلك ينتهى الخيار ، فاحكم هذا العوض وهل هو كالعوض فى اسقاط الشفعة حيث تسقط ولا يستحق العوض أم أن العوض هنا سائغ والالتزام به قائم ؟

جاء فى فتاوى قاضى خان أنه لو صالح المشتري البائع صاحب الخيار على دراهم مساة أو على عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضى البيع جاز ذلك ويكون زيادة فى الثمن . وكذا لو كان صاحب الخيار هو المشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار فيحط عنه من الثمن كذا أو يزيده هذا العرض بعينه فى البيع جاز ذلك أيضا ^(٣) .

(١) البدائع ٢٦٤/٥ .

(٢) الهداية وفتح القدير ١٢٠/٥ .

(٣) الفتاوى الهندية ٤٥/٣ .

السبب الثاني لإنهاء العقد أصالة مضي المدة

تمهيد :

مضيّ المدة سبب أصلي من أسباب انتهاء الخيار ، لأنه ينصب مباشرة على الخيار - بخلاف الفسخ الذى يقع أثره على العقد ويتناول بأثره الخيار بالتبعية - ومضى المدة ينهي الخيار انتهاء ، فليس من الأسباب المسقطه له لأن المسقطات تزيل الخيار باخترام أجله أما فى مضي المدة وأشباهه فإن الخيار يزول بعد أن يبلغ محله . وقد عدّ الكاسانى مضي المدة من المسقطات الضرورية بمقابلة المسقطات الاختيارية، ولعل السبب فى ذلك وقوعه دون ارادة حيث لم يذهب فى التقسيم إلى التفرقة بين كل من مفهوميّ (الانتهاء) و (الاسقاط) .

ويبدو للمتأمل ان اعتبار مضي المدة من أسباب الانتهاء ، أو (المسقطات الاختيارية) بتعير الكاسانى ، أولى من اعتباره فى عداد المسقطات الضرورية ، لأن مضي المدة وإن كان يحدث دون اختيار هو عبارة عن كفّ صاحب الخيار عن الفسخ إلى أن تمضى المدة ، وذلك الكف والامتناع يجرى باختياره وإرادته . وبعبارة أخرى لفقهاء المالكية : مضي المدة هو بمنزلة الاجازة من صاحب الخيار (المشتري ، أو البائع) فهو يسد عن سبب اختياري ، كما أنه . ينم عن الاختيار لأنه ترك للفسخ والاجازة - مع القدرة عليهما - وهذا الترك ناشئ عن اختيار . وقد صرح المالكية بتسمية مضي المدة تركاً حين قسموا « ما يقطع الخيار » إلى قول ، وفعل ، وترك وهو عدمها^(١) . بالرغم من رأيهم الخاص فى مضي المدة الذى سيجيى الحديث عنه .

هذا وقد رأينا أن مضي المدة هو السبب الحقيقي لانتهاء الخيار

(١) الصاوى ١٢٥/٢ .

بالسقوط قبل استعماله في عدد من حالات السقوط كبلوغ الصبي ، أو الجنون وما بمعناه عند من يقول بأنها من مسقطات الخيار الضرورية .

فقد صرح الفقهاء بأن البلوغ والجنون ونحوهما ليست هي أسباب سقوط الخيار ، بل السبب مضي المدة دون فسخ العقد ولينظر تفصيله . .
وقبل الاقدام على دراسة هذا السبب المنهي للخيار أشير إلى أن بين خيار الشرط وخيار المجلس - عند الآخذين به - كثيرا من الأحكام المتماثلة ، لذا دأبوا على جمع أحكامهما والمقارنة بينهما ، ومن ذلك جعلهم مضي المدة في خيار الشرط نظير (التفرق) في خيار المجلس ، بإزاء جعل امضاء العقد نظير (التخاير) فيه أيضا^(١) .

المذاهب في مضي المدة : اتفق الفقهاء - في الجملة - على أن مضي المدة ينتهي به خيار الشرط ، ذلك لأنه خيار مؤقت بمدة (سواء كانت بتحديد العاقد ، أو تقدير الشارع في حال الاطلاق) ، فإذا انقضت المدة التي وقَّت بها الخيار فن البدهي أن ينتهي بمضيها ، لأن المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية^(٢) ، واشترط الخيار في مدة معلومة منع من لزوم العقد تلك المدة - والأصل هو اللزوم - فبانقضاء المدة يثبت موجب العقد ، وترك صاحب الخيار الفسخ حتى تنقضي المدة رضاً منه بالعقد .

على ذلك تواردت نصوص الحنفية والشافعية والحنابلة ، إلا خلافا للقاضي أبي يعلى منهم ، أشار إليه ابن قدامة دون أن يفصل صورة ذلك الخلاف^(٣) وكذلك الحال في المذاهب الأخرى : مضي المدة منه للخيار^(٤) .

(١) حاشية القليوبي على شرح المنيع ١٩٥/٢ .

(٢) فتح القدير ٢٦٨/٥ البائع ٢٦٧/٥ .

(٣) المغني ٥٢٩/٣ ولم أجد إيضاحاً له في عدة مراجع للحنابلة منها الشرح الكبير على المنيع ٦٩/٤ - ٧١ ومطالب أول النبي ٩٤/٣ - ٩٦ وكشاف القناع ٢٥١/٣ - ٢٥٤ .

(٤) المراجع السابقة وتذكره الفقهاء ٥٢١/١ والتيل للشمسي ١٩٥/٢ والتاج للذهب ٤٠٨/٢ لأنه يتم المدة يظل خياره سواء سكت ، أم فسخ وقد تمت المدة .

أما المالكية فهم فى الحقيقة قائلون بأن مضي المدة ينهي الخيار غير أن لهم اتجاهًا خاصًا فيما ينتج عن مضي المدة ، فإذا كان الحال عند غيرهم اعتباره امضاءً للعقد من صاحب الخيار كائنا من كان ، فذهب المالكية انه انتهاء للخيار وليس امضاء للعقد إلا حيث تنقضى المدة والمبيع بيد من له الخيار ، فإذا كان الخيار للمشتري (مثلا) كان ترك المبيع فى يده بمثابة الامضاء ولزوم العقد عليه ، أما إذا كان الخيار للبائع وانقضى الأمد - والمبيع فى يده - فذلك بمثابة الفسخ من البائع . هذا من حيث أدائه إلى إمضاء العقد . أما اعتبار مضي المدة فسخا أو اجازة فينظر إلى من ينقضى زمن الخيار والمبيع بيده سواء كان صاحب الخيار أو غيره: فإن كان بيد البائع آتذ فهو فسخ ، وإن كان بيد المشتري فهو امضاء ، قال الدسوقي : « يلزم المبيع بالخيار من هو بيده منها كان صاحب الخيار أو غيره بانقضاء زمن الخيار وما ألحق به وهو اليوم واليومان ^(١) ! »

وهذا الاتجاه لدى المالكية لا يشاركهم فيه غيرهم - فيما أعلم - وهو غريب جدا عن أحكام الخيار لما فيه من اختلاط الأمرين من له الخيار ومن ليس له . فلو قيل بصحة اتخاذ القرينة على رغبة المشتري فى امضاء العقد من مجرد ترك المبيع عنده بعد انقضاء الأمد ، لو قيل بصحة ذلك ، فما الوجه فى اتخاذ مثل ذلك الترك من البائع قرينة على رغبته فى الفسخ ، وكيف يصنع لو لم يكن ذلك مرغوبا له وأراد التحرز من مغبته هل يجبر المشتري على تسليم المبيع ، وكيف يعتبر فاسخا بترك المبيع عنده وهو ليس له خيار أصلا ليستعمله بفسخ أو إمضاء ؟ !

وللمالكية قضية أخرى تفردوا بها ، وهى تمكين من بيده محل الخيار من الرد بالرغم من انقضاء المدة فى مهلة إضافية قدرها باليوم واليومين ^(٢) ،

(١) الخرى على خليل ٢٣/٤ الدسوقي على الشرح الكبير ٩٥/٣ الخطاب والموافق ٤١٦/٤ الصاوى ١٢٥/٢ : « وقاطعه - أى الخيار - قول وفعل وترك . . . والترك كاقضاء مدة الخيار والسلعة تحت يد من له الخيار . »

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٩٥/٣ - ٩٦ .

وهذا الرد من شأنه تغيير النتيجة السابقة فإذا كان المبيع عند انقضاء المدة بيد المشتري - (وهذا في نظرهم امضاء منه للعقد) فبادر إلى رده على البائع في خلال يوم أو يومين بعد انقضاء الأمد اعتبر ذلك فسحا . وقد أشار الدردير إلى أن هذه المهلة الإضافية المتاحة لتعديل الوضع عند مضي المدة ليست في كل الأحوال بل هي حيث جرى النص على مدة الخيار ، سواء نص على أقصاها أو ما دونه في ظاهر المذهب ، فحينئذ تكون له هذه المهلة الإضافية للرد. أما إذا لم ينص على مدة الخيار (وقد عرفنا من مذهب المالكية اعتبارهم ترك التوقيت بمثابة الاتفاق على أقصى المدة) فإنه يلزم المبيع من يده بانقضاء المدة ولا يفسح له في أمد الرد لا يوما ولا يومين بعدها . وذكر الدسوقي أن ظاهر المدونة الاطلاق ، كما ذكر أن هذا التقيد هو لأبي الحسن الشاذلي^(١) .

وقبل مغادرة الحديث عن المالكية أشير إلى أن غيرهم قد صور موقفهم من مضي المدة أنه لا يلزم به العقد ، واستدلوا لهم بأنه نظير الإيلاء حيث لا يلزم بمجرد مضي المدة كما أن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه ، فلا يلزمه الحكم بنفس مرور الزمان . ثم كان ردّهم عليهم أن الخيار يمنع لزوم العقد فإذا انقضت مدته لزم ، أما الإيلاء فإن المدة فيه إنما ضربت لاستحقاق المطالبة بالفئة أو التطبيق لا لوقوع الطلاق والمطالبة تستحق بمضي المدة ، لأن تقدم المدة ليس سببا لإيقاع الطلاق بخلاف هذه المسألة^(٢) .

والغريب أن هذا التصور لا وجود له في كتب المالكية المتداولة ، فهم مصرحون بأن مضي المدة يلزم به العقد ، إلا أن لزومه منصب على من بيده المحل ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى توسعوا في مدة الخيار - بإلحاق مهلة لرد المبيع ممن في يده على الآخر (وهذا نظير توسعهم في اعتبار مدة إضافية للمدد القصوى للأشياء) . فلا وجه لاعتبار المالكية مخالفين في

(١) الدردير بحاشية الدسوقي ٩٦/٣ .

(٢) المفتى ١١٢/٤ - ١١٣ والجميع ١٩٥/٩ ومفتى المحتاج ٥٠/٢ وتذكرة الفقهاء ٥٢١/١ والمكاسب ٢٩٠ والخلاف للطوسي ٢٣٠/١ .

لزوم العقد بمضي المدة مادام هذا الخلاف ليس في أصل المسألة بل في
كيفية معينة سبق لهم اعتبارها فلم يروا الخروج عنها .

وبعد ، فمن الممكن تصوير مذهبهم بالتعبير التالي : إذا مضت المدة
ويومان بعدها انتهى الخيار ، أما العقد فيلزم إذا كان المبيع عند انقضاء المدة
يبد من له الخيار ، وإلا فسخ .

والظاهر أن هؤلاء المصنفين لما عرفوا من مذهب المالكية أن مضي
المدة لا يعقبه لزوم العقد دائما (كما هو في المذاهب الأخرى) بل قد تكون
النتيجة فسخ العقد فيما إذا مضت المدة والمبيع بيد البائع سواء كان الخيار له أو
للمشتري توهموا أن مضي المدة لا يلزم به العقد عند المالكية ، وقد رأينا تحقيق
اتجاههم في هذه المسألة . وهو التفريق بين لزوم العقد وانتهاء الخيار عند
المالكية فالخيار ينتهي بمضي المدة حتما ، أما اللزوم فهو خاص بما إذا انقضت
المدة والمبيع بيد المشتري .

هذا ، وإن الزيدية قيّدوا كون مضي المدة منها للعقد بأن يكون
صاحب الخيار عند انقضائها عاقلا واعيا ، أما إذا انقضت وهو نائم أو مجنون
أو مغمى عليه ففي تلك الأحوال لا يبطل خياره بل يبقى إلى أن يعقل أو
يصحو ، فإذا عقل فله أن يفسخ فورا ، فإن لم يفسخ بطل خياره . وسواء بين
هذه الحالات وبين ما إذا كان في صلاة فريضة فإنه لا يبطل خياره بانقضاء
المدة وهو متشغل فيها ، بل له أن يفسخ بعد الفراغ على الفور^(١) .

(١) المتزوج المختار شرح الأزهار ١٠١/٣ والناج للذهب ٤٠٨/٢ وسيأتي في مبحث انتقال الخيار بيان موقفهم من
حالة الجنون والاعماء .

المطلب الثانى

انتهاء الخيار تبعا (فسخ العقد)

ينقسم الفسخ إلى صريح ودلالة ، أو بنظرة أخرى إلى:فسخ قول ، وفسخ فعلى ، فالفسخ القولى أو الصريح يقع بمثل قوله : فسخت البيع ، أو استرجعت المبيع ، أو رددته أو رددت الثمن ونحو ذلك ، فكل هذا فسخ صريح ومنه قول البائع فى زمن الخيار : لا أبيع حتى تزيد فى الثمن،مع قول المشتري:لا أفعل ، وكذلك منه عكس هذه الصورة بأن يقول المشتري:لا أشتري حتى ينقص عنى من الثمن، مع قول البائع:لا أفعل . وكذا منه طلب البائع حلول الثمن المؤجل ، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال فكل هذا فسخ^(١) .

ثم إن خيار الشرط (والعيب أيضا) يسقط بصريح الاسقاط أى الفسخ الصريح الذى ينصب على الخيار ذاته لا على العقد أو المبيع ، بأن يقول : اسقطت الخيار أو أبطلته أو ألغيتة ونحو ذلك . لأنه حق للعبد يملك إسقاطه مقصودا ، وليس كخيار الرؤية الذى يثبت حكما بالشرع مطلقا عن الشرط لأنه حق لله فلا يملك الانسان إسقاطه مقصودا (وسياى مفصلا فى خيار الرؤية)^(٢) .

الفسخ دلالة :

صرح الفقهاء بأن الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة ، بعبارة الكاسانى ، وصورة الفسخ دلالة - ويسمى

(١) البحر الرائق ٢٠/٦ المجموع ٢٠٢/٩ فتح القدير ١٢٢/٥ الخرشى ١٢٠/٥ كشاف القناع ٥١/٢ شرح الروض ٥٣/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ .

الفسخ الفعلى (أو الفسخ بالفعل كما سماه ابن الهمام) : أن يتصرف صاحب الخيار تصرف الملاك فى المبيع . هذا إذا كان صاحب الخيار هو البائع ، فإن كان هو المشتري فبأن يتصرف تصرف الملاك فى الثمن شريطة أن يكون الثمن عينا . أما إن كان ديناً فلا يتصور الفسخ دلالة فى حق البائع ولذلك أغفله ابن الهمام مقتصرًا على تصويره فى حق المشتري ، لأنه لو تصرف البائع فى الثمن - وهو دين - يحمل على أنه تصرف فى ماله الخاص لا فى الثمن « لأن الأثمان لا تتعين بالتعيين ^(١) » .

والسبب فى الاعتداد بالتصرف كالملاك فى إسقاط الخيار أن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه فى المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه . وإذا كان الخيار للمشتري فتصرفه تصرف الملاك فى الثمن إذا كان عينا دليل أيضا على استبقاء ملكه فيه . واستبقاء ملك كل منهما لا يكون إلا بالفسخ ، فالإقدام على التصرف المذكور يكون فسخا للعقد دلالة ، قال ابن الهمام ، ومن قبله الكاسانى :

« والحاصل ان ما وجد من البائع فى المبيع لو وجد منه فى ،
« الثمن لكان إجازة للبيع : يكون فسخا للبيع دلالة » .

والفسخ دلالة متفق على عدم اشتراط علم الآخر به أما فى الفسخ الصريح أو ما يجرى مجراه ففيه خلاف بين الحنفية ^(٢) .

ثم إن للفسخ دلالة بعد هذا الضابط تفاريع بمناسبة بعض التصرفات التى يكثر وقوعها أو اشدت اهتمام الفقهاء بها لنواح زمنية ، واستتبع ذلك تفصيلا وتوسعا فى كفيات وقوعها واختلاف آثارها :

(١) بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ فتح القدير ١٢١/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ المجموع للنووى ٢٠١/٥ الخطاب ٢١٩/٤

شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ ٢٤١/٢ جامع القصولين ٢٤٤/١ .

(٢) البدائع ٢٧٢/٥ وضع القدير ١٢١/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ .

- الاعتاق فى الرقيق ، وما هو بمثابته ، وهما التديير والمكاتبه ،
ومثل الاعتاق تعليق العتق فى المدة مع وجود شرط العتق فيها ، وفى هذا
الباب تفصيلات لم يعد لها تطبيق فيكفي الاحالة إلى موقعها فى المطولات .

- مباشرة فعل فى المبيع لا يحتاج إليه للامتحان ، ولا يحل فى غير
الملك بحال . أما لو كان يحتاج إليه للاختبار وحل فى غير الملك فهو على
خياره ، وذلك كالاستخدام أما معاشره الأمة بأية صورة بدءا من اللمس
بشهوة وانتهاء بالوطء فهو إجازة للعقد . وتفصيلات ذلك فى المطولات ^(١) .

- الاستخدام ليس بإجازة ، لأنه يمتحن به ، والاستخدام مرة ثانية
إجازة ، إلا إذا كان فى نوع آخر . ثم ذكر ابن الهمام أن صاحب الفتاوى
الصغرى اختلف كلامه فيها ، فقال فى موضع : الاستخدام مرارا لا يكون
إجازة ، وقال فى موضع آخر : المرة الثانية تبطل ، وقال فى موضع آخر : المرة
الثانية تبطل الخيار . وفى فتاوى قاضىخان : اذا استخدم الخادم مرة لا يبطل
خياره .

- أكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار . وفى فتاوى قاضىخان :
إذا لبسه مرة لا يبطل خياره .

- النسخ من الكتاب ، لنفسه أو غيره ، لا يسقط الخيار ، ولو
درس فيه يسقط .

- ركوب الدابة ليسقيها ، أو يردّها ، ويعلفها إجازة . وقيل إن كان
لا يمكنه ذلك بدون الركوب لا يكون إجازة . وأطلق قاضىخان فى فتاويه أنه
لا يبطل خياره فقال : وركوبها ليسقيها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره
استحسانا ، فجعله من الاستحسان .

- بيع محل الخيار من غيره ، أو هبته أو رهنه - مع التسليم -
مسقط للخيار . أما لو وهبه أو رهنه ولم يسلم لا ينفسخ .

(١) فتح القدير ١٢١/٥ - ١٢٢ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ - ٤٤ .

- الإيجار فسخ ولو لم يسلم ، وقيل : ليس فسخا ما لم يسلم .
- تسليم محل الخيار إلى المشتري في مدة الخيار، فرق أبو بكر بن الفضل بين التسليم على وجه الاختيار فلا يبطل خياره ولا يملكه المشتري ، والتسليم على وجه التمليك فيبطل خياره .

قال الزيلعي : وكذا كل تصرف لا يحل الآ في الملك ، وكذا كل تصرف لا ينفذ الآ في الملك كالبيع والاجارة^(١) .

شروط الفسخ :

يشترط لاعتبار الفسخ مؤثرا للشروط التالية :

١ - قيام الخيار ، لأن الخيار إذا زال ، بالسقوط مثلا ، يلزم العقد ، فلا أثر للفسخ حيثئذ .

٢ - علم العاقد الآخر بالفسخ ، ويعبر عنه في بعض المراجع الفقهية بعبارة الفسخ بحضرة العاقد ، وعكسه الفسخ في غيبته ، والمراد من الحضرة العلم لا الحضور وذلك عند أبي حنيفة ومحمد ، فإن جرى الفسخ من صاحب الخيار دون علم العاقد الآخر فالفسخ موقوف : ان علم به في مدة الخيار نفذ ، وإن لم يبلغه حتى مضت المدة لزم العقد لعدم اعتبار ذلك الفسخ وفي هذه الفترة - حيث يعتبر موقوفا - لو عاد العاقد عن فسخه فأمضى العقد قبل علم الآخر فذلك منه معتبر فيلزم العقد ويبطل فسخه السابق .

أما أبو يوسف فقد نقل عنه أقوال ثلاثة : قوله الأول المرجوع عنه الذي هو مثل مذهب أبي حنيفة ومحمد ، وقول آخر له بعدم اشتراط علم العاقد الآخر ، وقول ثالث بالنظر إلى صاحب الخيار ، فإن كان هو البائع فلا يشترط بل يقتصر اشتراط العلم في خيار المشتري لكن القول المشهور عنه عدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ ورجح ابن الهمام قول أبي يوسف هذا ،

(١) فتح القدير ١٢١/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ والبدائع ٢٦٧/٥ تبين الحقائق للزيلعي ١٩/٤ .

ونقل ذلك ابن نجيم دون تعقيب^(١) . وقد بين ابن الهمام أن الفسخ بالقول هو الذى وقع الخلاف فى جوازه بغير علم الآخر. وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا بين أئمة الحنفية . أما الكاسانى فبعد أن عبر عن هذا بعبارة الفسخ بطريق الدلالة بمقابل الفسخ الصريح أو ما يجرى مجراه قرر أن ذلك التصرف دليل على استبقاء الملك، ولا يكون استبقاء ملك البائع فى المبيع ، والمشتري فى الثمن ، إلا بالفسخ، فأقيم التصرف مقامه فكان فسخا دلاله . ثم بين أن الفسخ من طريق الدلالة لا يتوقف على علم العاقد الآخر بلا خلاف ، لأن انفساخ العقد هنا لا يثبت بالفسخ مقصودا ، وإنما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا. وذكر الكاسانى لهذا نظيرا هو بيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض^(٢) وذكر صاحب البحر نظائر أخرى قائمة على أنه لا يشترط العلم فى الفسخ الحكيم منها عزل الوكيل والمضارب والشريك ، ومنها حجر المأذون له بالتجارة بارتداد ولحق وجنون^(٣) .

هذا ، وإن ابن الهمام لم يدع هذا الاستثناء يمر دون ابداء رأيه فيه ، وسنرى أنه رأى سديد فى غاية الوجاهة ، فإنه بعد أن ذكر الاتفاق على جواز الفسخ بالفعل بغير علم العاقد الآخر قال : « وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به - أى بالمنع - فيما هو فعل اختياري « وقد فسرناه فيما بعد بأنه تصرف البائع - والخيار له - فى المبيع تصرف الملاك كالتعق والبيع والوطء مثله جميع ما هو اجازة حين صدوره من المشتري اذ يعتبر فسخا إذا صدر من البائع. وفى هذا النظر قال ابن نجيم : وبحت فى فتح القدير بأنه ينبغى أن يكون الفعل الاختياري كالقول ولم يعقب

(١) البدائع ٢٧٣/٥ الفتاوى الهندية ٤٣/٣ فتح القدير ١٢٢/٥ البحر الرائق ١٨/٦ .

(٢) البدائع ٢٧٢/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ والبحر الرائق ١٨/٦ - ١٩ .

(٣) البحر الرائق ١٨/٦ .

على ذلك بشيء. ثم علل اقتضاء المساواة بأن الفعل الاختياري كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ « بخلاف الموت ، وفعل الأمة ، ودخول العيب بغير صنعه والهلاك ^(١) . فهو يرى أن الفعل الاختياري لا يزيد في الأثر عن القول ، أما الفعل الاضطراري فهو وحده المستحق للاستثناء ، ولعل العلة أنه وقع دون إرادة الفسخ ، وأدى إلى الفسخ ، فليس من العدل أن يتحمل مغبة عدم علم الآخر به .

وعدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ هو مذهب الجمهور : المالكية والشافعية والحنابلة والامامية والروايات السابقة لبعض أئمة الحنفية ، وهو مذهب الثوري وأبي ثور على ما ذكر الطبري ^(٢) .

وهو عند الشافعية مقيس على الاطلاق للاجماع على نفوذه بغير حضور الزوج المطلق ، ولأنه رفع عقد لا يفتر إلى رضا شخص فلم يفتر إلى حضوره أو علمه . قال الحلبي : وكذا لا يفتر إلى قضاء القاضي .

٣ - ان لا ينشأ عن الفسخ تفرق الصفقة ، أى أن يقع الفسخ على جميع الصفقة ، فليس له أن يمضى العقد في بعض الصفقة ويفسخ في بعضها الآخر ، لأن ذلك يؤدي إلى تفرق الصفقة .

ومثل ذلك يقال في الاجازة في البعض ، فينشأ عنه تفرق الصفقة في اللزوم وهو لا يجوز إلا برضاها ، ومن المقرر عند الامامية التفرقة عند الخيار بأن يقول « على الجمع والتفريق » . فيكون له الفسخ في أحدهما خاصة ، وان لم يشترط ذلك لم يكن له التفرق في الفسخ . لأنه عيب . وكذلك في شراء اثنين من أحد بستانا صفقة واحدة .

(١) فتح القدير ١٢٢/٥ والبحر الرائق ١٨/٦ وقال : ورجح في فتح القدير قول أبي يوسف قال فعل هذا فلما سأل الموردة نقضا مسلمة لأنها على وفق ما ترجع من قول أبي يوسف لكنا نوردنا بناء على تسليم الدليل .
(٢) المجموع ٢٠٠/٩ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمغني ٥٢٩/٣ وكشاف القناع ٥١/٣ والحرشي ١٢٠/٥ اختلاف الفقهاء للطبري (جزء البيع) ص ٤٥

والمالكية يجبرون العاقد على رد الجميع ان أجاز العقد في البعض ورد البعض حيث لم يرض العاقد الشركة . وقال الشافعية : لو أراد الفسخ في أحد الشئين اللذين فيها الخيار فالأصح لا يجوز لتفريق الصفقة ، أما لو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلاأحدهما الفسخ في نصيبه (١) .

الأدلة : ولكل من القائلين باشتراط علم العاقد الآخر أو عدم اشتراطه أدلة تدور بين وجوه من المعقول والاستشهاد بالنظائر الفقهية .

فالقائلون بصحة الفسخ دون علم العاقد الآخر احتجوا بأن الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه ، فهو كبيع الوكيل مع عدم علم الموكل وهو جائز ، فلا يشترط الرضا هنا ولا هناك ، ولهذا نظائر ، منها : أن الفسخ كالاجازة في هذا ، لأنها شقيقتان كلاهما لاستعمال الخيار ، فهو - كما قال البابرتي - قياس لأحد شطري العقد على الآخر .

واستدل القائلون بالمنع من الفسخ دون علم الآخر بأنه تصرف في حق الغير - وهو الذي لا خيار له - برفع العقد وهو لا يعرى عن الضرر لأن العاقد الخالي من الخيار قد يعتمد على تمام البيع السابق إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف فيه المشتري (والواقع أن البائع الذي له الخيار قد فسخ العقد) فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن وهو ضرر بلا ريب . أو يتصرف فيه البائع - والخيار للمشتري الفاسخ دون علمه .

واستدل هؤلاء المشترون علم الآخر بالفسخ بالقياس على عزل الموكل من وكله، بجماع أن كلا من الفسخ والعزل رفع لعقد جعل إلى اختيار الشخص وكما يشترط لعزل الوكيل علمه ولا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه فكذلك الفسخ .

(١) البدائع ٢٦٤/٥ و ٢٧٣ وفيه تعليل جيد للمنع . وتصريح بجواز هذا التفريق في المثلثات . الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٢/٣ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمجموع ١٩٣/٩ .

والراجع ما ذهب إليه جمهرة الفقهاء لوجاهة دليلهم على اختصاره
فالفاسخ حقا مسلط من جهة صاحبه على الفسخ ويفترض تجشمه ذلك في
كل حين . أما الضرر المدعى فهو بالنسبة للبائع نتيجة تقصيره ، وأما بالنسبة
للمشتري فغير مسلم لأن القيمة التي يلزم بها ليست أكثر من الثمن غالبا وأما
القياس على عزل الوكيل فبينهما فارق هو لزوم الضرر فيه دون حالة الفسخ في
الخيار ^(١) .

الفرع العاشر

انتقال خيار الشرط

المبحث الأول

انتقال الخيار بالموت

تمهيد :

إذا مات صاحب الخيار فما مصير الخيار ؟ هل يسقط خيار الميت .
كما ذهب الحنفية والإباضية والزيدية ^(٢) ، واعتبروا ذلك من المسقطات على ما
سبقت الإشارة إليه ، أم أنه يتنقل ويكون في عداد التركة الموروثة كما ذهب
إلى ذلك المالكية والشافعية والامامية ، أم يفصل بين مطالبة الميت به قبل موته
وعدمها ، كما ذهب إلى ذلك الحنابلة ؟ على أنه لا بد قبل بيان الآراء من ذكر
مرجع الخلاف ومنشئه .

(١) الشرح الكبير على المقنع ٦٩/٤ المجموع ٢٠٠/٩ الخرشى ١٢٠/٥ فتح القدير ١٢٢/٥ .

(٢) البدائع ٢٦٦/٥ والمغنى ٥٣٠/٣ وشرح الأزهري لابن مفتح ١٢/٣ والبحر الرخاير ٣٥١/٣ والإيضاح
للتناهي ٢٩٦/٣ .

المطلب الأول

مرجع الخلاف

وهو تحديد المراد بالتركة ، فبعض الفقهاء ذهب إلى أنها هي الاعيان المالية ، وما هو بمعنى المال كحق التعلّي والقرار والشرب ، أو ما كان تابعا للمال كحقوق الارتفاق فلا يشمل ذلك خيار الشرط لأنه حق وليس بمال ولا بمعنى المال ولا تابعا له .

وبعضهم ذهب إلى : أن التركة هي كل ما كان للمورث من الأموال والحقوق والاختصاصات (المنافع) ، عدا ما كان للمورث بصفة شخصية ، كحق الانتفاع ، أو كان له بعقد ينتهي بالموت ، كعقد الزواج ، فعلى هذا تشمل التركة الحقوق التي ليست مالا ولا تابعة له كحق خيار الشرط ^(١) .

ويذكر ابن رشد أن عمدة المالكية والشافعية أن الأصل أن تورث الحقوق والأموال الآما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . وإن عمدة الحنفية (والحنابلة) أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق الآما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فراجع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ ثم أشار إلى أن كلا من الفريقين اعتمد فوارق فيما يعتبره غيره متفقا كفارق اعتبار الخيار راجعا إلى صفة العاقد ، لا إلى صفة في العقد ^(٢) .

والمثال على ذلك خيار العيب لدى الحنفية هو معتبر من التركة لكن على معنى أن التورث ليس للخيار ، بل لحل الخيار وقد ظل السبب الحامل على الخيار قائما بالعين بعد موت المورث كما كان قائما بها قبله ، فالعين تنتقل إلى الوارث بهذه الصفة .

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها ، للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢١١/٢ - ٢١٢ .

هذا وان الحقوق منقسمة إلى أقسام ثلاثة :

- ١ - حقوق متعلقة بالأعيان لاصقة بها ، كخيار العيب .
- ٢ - حقوق مجردة ، فى معنى الأموال ، كحق الشرب .
- ٣ - حقوق مجردة متعلقة بإرادة صاحب الحق ، كحق الشفعة وخيار الشرط .

فتلك الحقوق جملة تنتقل إلى من يخلف صاحب الحق عند الملكية والشافعية^(١) ، والتبويب ملحوظ فيه هذا الاتجاه كما لحظ فى المسقطات مذهب من لا ينقل الخيار للخلف .

المطلب الثانى

مذاهب الفقهاء فى انتقال الخيار

الرأى المثبت ودليله :

اتفق مالك والشافعى والامامية على أن خيار الشرط ينتقل إلى الوارث بموت الموروث ، إلا أن الرافعى حكى قولاً شاذاً أنه يسقط بالموت . قال النووى : وهو ضعيف جداً ومردود ، وذكر أبو الخطاب من الخنابلة وجهاً بإرث خيار الشرط مطلقاً (وأثر هذا الانتقال على المدة والاختيار سيأتى) . وقال الأنصارى من الامامية : الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب .

وقد علل القائلون بانتقال الخيار للوارث باعتبار الخيار من مشتملات التركة ، أنه حق ثابت لاصلاح المال ، كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن . واستدلوا بأدلة من السنة والمعقول . فمن السنة قوله صلى الله عليه

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها ، للشيخ أحمد ابراهيم بك ص ٧ .

وسلم : من ترك مالا أو حقا فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالا فالحي (١) . وخيار الشرط حق للموروث فينتقل إلى الوارث بموته كما يقضى الحديث .

ثم قاسوا خيار الشرط على خيارى العيب والتعين المتفق على انتقالهما للوارث بالموت ، بجماع أن كلا من تلك الخيارات يتعلق بالعين فينتقل إلى الوارث بمجرد انتقالها . (٢)

الرأى النافى ودليله : ذهب الحنفية والزيدية والاباضية إلى أن خيار الشرط لا يورث ، ومن عباراتهم فى تقرير ذلك قول الزيلعى : الخيار صفة للमित ، لأنه ليس هو الأ مشيئة وإرادة فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه . واستدلوا لمذهبهم بأن حق الفسخ بخيار الشرط لا يصح الاعتياض عنه فلم يورث ، نظير حق الرجوع فى الهبة قبل القبض إذا مات الواهب لم يورث عنه . وقالوا أيضا : خيار الشرط ليس وصفا بالمبيع حتى يورث بإرثه وإنما هو مشيئة واردة فهو وصف قائم بشخص من ثبت له فلا يورث عنه ، لأن الارث يجرى فيما يمكن نقله ، والوصف الشخصى لا يقبل النقل بحال . وقد أطال ابن الهمام فى تعزيز هذا الرأى وتقليب وجوه الجواب على رأى أبى حنيفة وأصحابه من حيث انتقال الملك وعدمه وصلة ذلك بإمكان التورث وتعنره (٣) . وقال الشماخى : بعد أن ذكر قولاً للإباضية بالإرث وآخر بعدمه ورجحه من حيث النظر : لأن الميراث لا خيار فيه وذلك الشئ إنما صار لهم من قبل الميراث لا من قبل البيع . أما ابن حزم - وهو لا يرى خيار الشرط أصلاً - فقد قال : ومن جعله يورث فقد تعنى ما حد رسول الله وليس الخيار مالا يورث ولو ورث لكان لأهل الوصية منه نصيبهم ! (٤) .

(١) ساقى الكلام عن تخرىج الحديث عند (المناقشة وال ترجيح)

(٢) المجموع ٢٢٢/٩ السوفى ١٠٢/٣ تذكرة الفقهاء ١٧/١ للمكاسب ٢٩٠ القواعد لابن رجب ٣١٦ الحرسى ٢٩/٤ .

(٣) فتح القدير ١٢٥/٥ العناية ١٢٥/٥ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٤) الإيضاح للشماخى ٢٩٦/٣ شرح النيل ٢٢٧/٩ المحلى ٤٥٠/٨ م ١٤٦٨ .

الرأى المفصل ودليله : ذهب الحنابلة وحدهم إلى التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أو عدم المطالبة ، فإن مات صاحب الخيار دون أن يطالب بحقه فى الخيار بطل الخيار ولم يورث ، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه . فالأصل أن خيار الشرط غير موروث ، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه . فالأصل أن خيار الشرط غير موروث إلا بالمطالبة من المشتري^(١) . على أنه يمكن تصوير الموقف بالعكس وذلك بأن يقال : هو موروث لكن بشرط ، فإن تحقق الشرط وإلا لم يورث . لكن معظم نصوص المذهب تعبر عن المسألة بعدم التوريث مع استثناء حالة المطالبة ، كما أن الأدلة تنصب على عدم التوريث .

وقد صوروه بعض متأخري الحنابلة بأنه نقل ، وتوريث من المورث لورثته بإرادته ، حيث جاء فى «الفواكه العديدة» قول الفقيه عبد الله بن ذهلان - شيخ المؤلف - : « إذا مات وورث خياره ورثته ، لشرطه لهم^(٢) » وقد جاءت تلك العبارة لإيضاحا وتقييدا لعبارة أحد الكتب التى جاءت موهمة أن خيار الشرط يورث مطلقا ، وليس الأمر كذلك بل يشترط لذلك مطالبة المورث بحق الخيار .

وقد أغفلت كتب عديدة الشطر الآخر من المسألة وهو توريث الخيار بمطالبة الموروث ، واقتصرت على إطلاق عدم إرث الخيار ، كما جاء فى المقنع : « ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث » فبادر محشييه إلى القول : هذا المذهب ، إلا أن يطالب به الميت ، نص عليه . أما ابن قدامة فقال : المذهب ان خيار الشرط بالنسبة للميت منها يبطل بموته ، ويبقى خيار الآخر بحاله ، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون لورثته^(٣) .

(١) المغنى ٥١٨/٣ الفروع لابن مفلح مع تصحيح الفروع للرداوى ٩١/٤ ، ومتهى الارادات ٣٥٩/١ وكشاف القناع ٢١٠/٤ و ٢٢٥ ومطالب أولى التهى ٩٩/٣ .

(٢) الفواكه العديدة ، للمتقور ٢٣٧/٠ .

(٣) المقنع ، لابن قدامة ، وحاشيته ٤١/٢ والمغنى ٤٩٤/٣ و ٢٧٦٩ و ٥٠٣/٣ م ٢٧٨٩ .

وذكر ابن رجب أن أبا الخطاب خرج وجها آخر بإرث خيار الشرط مطلقاً^(١).

وقد يقال : لم يطالب الميت بحق استعمال الخيار بدلا من مبادرته لاستعماله ؟ والظاهر أنه يريد استفاد المدة لكامل التروى فيها إذا مد في أجله ، وربما يؤثر الميت لإحالة الاختيار لوارثه لأن الخيار - وما اقترن به من أمور كحق الشفعة^(٢) - بالرغم من صلتها بالإرادة الشخصية لها آثار مالية متغيرة .

وقد استثنى الحنابلة من توريث الخيار بالمطالبة حالة خاصة جزموا فيها بعدم انتقاله للوارث هي ما لو شرط الخيار للارفاق بالاقرض وخاف أن يذهب ماله فاشتري منه شيئا وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة. قال الامام أحمد: هذا جائز إلا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته^(٣).

وقد تواردت عبارات الحنابلة على الاستدلال لعدم التوريث واقتصروا على اسناد مسألة التوريث ، بمطالبة المورث، إلى نص الامام أحمد من غير أى استدلال شرعى أو عقلى يقيد أدلة المنع التى أجادوا ببيانها وأطالوا فيها . فن توجيههم لمنع التوريث ، وعدم الانتقال بالموت ، انه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه ونظيره خيار الرجوع فى الهبة وقال ابن مفلح : «لأن معنى الخيار تحييره بين فسخ وامضاء ، وهو صفة ذاتية ، كالاختيار ، فلم يورث ، كعلمه وقدرته . قال فى عيون المسائل : ولهذا لا تصح المصالحة على الخيار بمال ، ولو أخذ قسطا من المال (أى وجها من المالية) لصح الصلح عليه بالمال » هذا دليل الأصل ، اما الاستثناء وهو توريث الخيار بالمطالبة من صاحبه فلم أجده مستندا سوى نص الامام أحمد مجردا من بيان المأخذ الشرعى ونص الامام أحمد هو : الموت - يطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ،

(١) القواعد لابن رجب ٣١٦ .

(٢) ومن تلك الحقوق التى تثبت للوارث إن طالب بها مورثه بمجته : خيار العود فى الهبة ، ذكره القاضى فى

خلاله (القواعد لابن رجب ٣١٦) .

(٣) المغنى ٣/٥٣٠ .

والحد إذا مات المقلوف ، والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار ، لم تكن للورثة هذه الثلاثة الأشياء ، انما هى بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس يجب ألا أن يشهد انى على حقى من كذا أو كذا ، أو أنى قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، ولا يشترط ذلك فى إرث خيار غير خيار الشرط ^(١) .

المناقشة :

رأينا كيف عريت وجهة الحنبلة عن الدليل الخاص بها فلم يبق إلا اعتماد الأدلة العامة والمعقول فى أن خيار الشرط وإن كان حقا شخصا فإن المطالبة به من المورث تُسَوَّغ نقله ، وهذا الدليل من ضعفه لا يحتمل النقاش « أما أدلة المثبتين فالحديث الذى احتجوا به له رواية معروفة خلت من كلمة (أو حقا) ، ومع اخراج النسائى وابن حبان والحاكم له وتصحيحهما إياه وتحسين أبى زرعة له قد أعله الیهقى بالاضطراب ونقل عن يحيى بن معين أنه كان يقول : ليس فيه حديث قوى ^(٢) . أما الرواية المشتملة على كلمة (حقا) فلم ترد من طريق يحتاج به ^(٣) . . . وقياسهم خيار الشرط على خيارى العيب والتعين قياس مع الفارق لأن فيها عينا مورثة يلزمها الخيار لأن الجزء الذى فوته العيب موروث حكما وقد ثبت الخيار لدفع الضرر بفواته . وفى خيار التعين انتقل للوارث أحد الأشياء المخير فيها والخيار ثبت للوارث أيضا تمييز ملكه المختلط بملك غيره .

وفى أدلة النني ما فيها ، فإن القياس على الهبة قبل القبض غير سالم من حيث إنه متنازع فيه فلا يصلح الاستدلال به مادام مختلفا فيه وكذلك تشبيههم بكون خيار الشرط وصفا شخصا غير مسلم إلا فيما لا تعلق له بالمال وهذا شديد التعلق بالمال فهو كالوصف فى المال .

(١) كشاف القناع ٢١٠/٤ - ٢١١ مطالب أول التهى ٩٩/٣ والقواعد لابن رجب ٣١٦ والفروع ، لابن مفلح ، ٩١/٤٠ وقد أورد البيهقى النص كاملا ، وكذلك الرحيانى .

(٢) نيل الأوطار ٦/٦٧ .

(٣) لم أجد لها تخریجا فى مجمع الزوائد أو المطالب العالیه أو نصب الرأیه أو التلخیص وفى عدد من كتب التخریج التى تيسرت لى حين الكتابة .

الترجيح : والرأى الراجح من بين تلك الآراء الثلاثة (التى هى توريث الخيار مطلقا ، توريثه بشرط المطالبة ، منع توريثه) هو أن خيار الشرط يورث سواء طالب المورث بنقل حقه فيه لورثته أم لا ، وتوجيه هذا الترجيح بالاضافة إلى أدلة القائلين بالتوريث - والاستفادة منها بما يلى :

بالعودة إلى أساس الخلاف ، كما صوره ابن رشد^(١) ، وهو تحديد ما يورث ، يلوح رجحان توسيع مفهوم التركة بحيث لا تدع ما فيه شبه غالب بالمال من معاملته مثله ، ذلك أن الأصل انتقال جميع ما يتركه الميت إلى ورثته مطلقا ، ولا يترك هذا الأصل إلا بدليل لا نزاع فيه ، كالأدلة القاضية بمنع انتقال الزوجة إلى الوارث كما كان معهودا فى الجاهلية فحرمه الإسلام ، فأصالة الانتقال تجعل على المانع عبء الاستدلال لكل ما يخرج من مفهوم التركة ويمنع توريثه . .

وبالتأمل فى خيار الشرط ، وعلى الرغم من اعتبارهم إياه إرادة ومشيئة يرى أنه خيار مالى كخيار العيب والرؤية ، لأن الغرض منه الوصول إلى الحظ المالى بخلاف الخيارات غير المالية كخيار البلوغ للتى زوجها غير الأب قاصرة فهو من الحقوق غير المالية . وإذا سلم أنه وصف شخصى فإن هذا الوصف وثيق التعلق بالمال ، وتعلقه بالمال بمثابة وصف له ، ومن الطبيعى أن يورث المال بأوصافه ، وإذا كانت إرادة العاقد قد فاتت بموته فإن الوارث يقوم مقامه ويخلفه فيها . .

فضلا عن أن كثيرا من الحقوق اجمع الفقهاء على إرثها لمالها بالمال من تعلق ، كحق حبس المبيع للبائع الذى لم يقبض الثمن ، وحق حبس المرتن للعين المرهونة^(٢) .

(١) بداية المجتهد ٢/٢١١ .

(٢) : فتح القدير ٥/١٢٥ الفنى ٣/٥٩٧ م ٢٧٦٩ الشرح الكبير على المفتح ٤/٨٤ .

وإذا كان الحنفية قد قالوا في خيار العيب وخيار التعيين أن الانتقال ليس للخيار بل للمحل - فما أسهل القول في خيار الشرط أيضا أن الانتقال ليس هو المشيئة والاختيار بل محل الخيار وقد انتقل ذلك المحل مع صفة عدم اللزوم بما له وعليه ، ولا يقال ان صفة عدم اللزوم سقطت بموت العاقد لأن ذلك محتاج لدليل خارجي ، وفي حرمان الوارث من ذلك اضرار به لحس مدة التروى الثابتة بالخيار . فتورث الخيار فيه منفعة للوارث والمورث جميعا لأن الضرر والغبن يدفع به .

ثم إن انتقاله مقيس على انتقال الحقوق المالية الأخرى المسلم بها : ملك المبيع ، وملك الثمن ، وحق الكفالة ، وحق الرهن ، لثبوت تلك الحقوق في عقد منعقد فهي حق لازم بحيث لا يملك صاحبه إبطاله بالتنازل عنه (بل بالفسخ أو السقوط) وخيار الشرط كذلك^(١) .

المطلب الثالث

صور أخرى من الانتقال بالموت

انتقاله للشارط بعد موت الأجنبي المشروط له :

من صور انتقال الخيار - وإن كان في حقيقته عودة لمالكه الأصلي - صورة اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد ، حيث يذهب الشافعية في الأصح إلى أن الخيار يثبت للأجنبي فقط دون الشارط . فإذا مات الأجنبي فهل يثبت حينئذ للشارط ؟ وجهان : أصحهما: يثبت كما يثبت للوارث . والوجه الثاني : لا ، لأنه ليس بوارث ، قال النووي : والمذهب الأول وقال النووي : ولا خلاف إنه لا ينتقل إلى وارث الأجنبي . ولدى الإمامية شبهة هذا الخلاف والترجيح^(٢) .

(١) في المبسوط للسرخسي ٤٢/١٣ - ٤٤ إسهاب في حجج القائلين بالتورث والماتين .

(٢) المكاسب ٢٩٣ تذكرة الفقهاء ٥١٩/١ والخلاف للطوسي ٥٢٢/١ المجموع ٢١٢/٩ و٢٢٦ وقد وقع فيه سقط

كلمة (لا) بحيث انعكس الحكم ، لكن السياق دال عليه لطفه عليه حالة أخرى لا ينتقل فيها . وكذلك

من مراجعة المراجع الشافعية الأخرى كشرح التحفة ٣٩٦/٤ .

ومن الطريف أن الزيدية (وهم يقولون بمنع انتقال الخيار للوارث)
تجرى هذه القاعدة عندهم بقوة في خيار الاجنبى ، حيث يطل بموت شارطه
الأصلى ، ويتبعه الأجنبى المجهول له ، إذ هو كالتائب ^(١) .

انتقاله للغريم المفلس :

ولانتقال الخيار للوارث شرط عند المالكية ، هو أن لا يكون على
صاحب الخيار المتوفى دين محيط بماله فينتقل الخيار حينئذ للغريم بدلا من
الوارث . وسواء في هذا الحكم أن يكون صاحب الخيار المدين بائعا أو مشتريا
على أن يقوم الغريم عليه قبل انقضاء زمن الخيار ، سواء قام قبل الموت أو
بعده . ولا يحتاج انتقاله إلى حكم بخلع ماله للغريم . فإذا اختار الغريم الامضاء
فالربح للمدين والخسارة على الغريم . قال الدردير : ولا كلام للوارث الا أن
يأخذ شيئا بماله الخاص به بعد رد الغريم ، والربح حينئذ للميت . ولم يأخذ
الامامية بهذا قائلين : ارث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا ، فلو فرض
استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث ^(٢) .

انتقاله للأصيل بموت الوكيل :

صرح الشافعية بأن شرط الخيار من الوكيل لنفسه لا يستتبع ثبوته
للموكل ، فإذا مات الوكيل لا ينتقل إلى وارثه بلا خلاف ، أما انتقاله إلى
الأصيل (الموكل) ففيه الخلاف قال النووي : والصحيح على الجملة أنه
ينتقل إلى الموكل . وكذلك الحكم عند الامامية حيث ينتقل إلى الموكل دون
وارث الوكيل .

(١) البحر الزخار ٣/٣٤٩ .

(٢) الفرسى ٢٨/٤ والدسوقي والشرح الكبير للدردير ١٠١/٣ والمكاسب ٢٩٠ لكنه قال بعدئذ : ولو كان
الوارث ممنوعا لتقصان فيه فلا اشكال في عدم الارث لأن الموجب لحرماته من المال موجب لحرماته من سائر
الحقوق .

انتقاله للسيد بموت المكاتب :

لا خلاف في مذهب الشافعية في انتقال خيار الشرط إلى السيد بموت المكاتب في مدة الخيار^(١) .

مصير خيار العاقد الحي :

هذا بالنسبة لخيار الميث من المتعاقدين ، أما خيار الحيّ منها (إذا كان الخيار ثابتاً لكل منها) فجمهور الفقهاء على أنه باق في مواجهة ورثة العاقد الآخر الميث ، فيأخذ منهم المحل إذا اختاره ، ويرده عليهم إذا فسخ . وقد خالف في ذلك بعض الزيدية بحجة أنه حق واحد فلا يتبعض . وجوابه أنه يتعدد بتعدد المستحق له مع اختلاف جهته .

وكذلك لا خلاف إذا مات من لا خيار له بقي الخيار للآخر ، كما أن الدين المؤجل لا يحل بموت من له الدين وإنما يحل بموت من عليه^(٢) .

المطلب الرابع

نتائج القول بالتوريث

تطراً بانتقال الخيار إلى الوارث أحكام سبق الكلام عن مبادئها الأساسية لكن لم تشمل على الطبيعة الخاصة للنتائج الطارئة بانتقال الخيار .

آ - من حيث المدة :

إن كانت المدة باقية عند بلوغ خبر موت صاحب الخيار ثبت للوارث الخيار حتى انقضائها .

وإن كانت قد انقضت فللشافعية أربعة أوجه في ذلك :

(١) المجموع ٢٢٢/٩ وتذكرة الفقهاء ٥١٩/١ والمكاسب ٢٩٣ .

(٢) المجموع ٢٢٦/٩ والبحر الزخار ٣٥١/٣ والفروع لابن مفلح ٩٢/٤ .

١ - يكون الخيار على الفور ، وهو ظاهر المنصوص في « الأم » وهذا هو الأصح .

٢ - يثبت في المدة التي بقيت عند الموت .

٣ - يبقى الخيار ما دام المجلس الذي بلغه فيه الخبر .

٤ - يسقط الخيار ويلزم البيع بمجرد مضي المدة ، لفوات المدة . قال النووي : وهذا شاذ مردود^(١) .

وهناك حالة خاصة تكون المدة باقية عند موت صاحب الخيار لكن الوارث غائب بمحل لا يصل الخبر إليه إلا بعد انقضاء المدة ، فما الحكم ؟ هل يقال بلزوم العقد بفراغ المدة أو يقال بثبوت الخيار وامتداده إلى بلوغ الخبر له ، بداعي الضرورة ؟ ذكر الشمس الرملی أن الأقرب أن لا تمتد المدة ، بل ان بلغه الخبر قبل فراغها يثبت له ما بقي منها ، وإلا لزم العقد ، لأنه لم يعهد زيادة المدة على ثلاثة أيام عند الشافعية^(٢) .

ب - من حيث الاختيار :

اتفق المالكية والشافعية على أن الفسخ هو المعتبر إذا اختلفت الورثة المتعددون ولكن ذهب المالكية إلى تحليل خاص لهذه القضية ما بين قياس ، واستحسان . فإذا فسخ أحد الورثة دون غيره ولم يرض المالك بالتبعض ، فالقياس - وهو المعتمد - عند المالكية - اعتبار الفسخ واقعا على جميع المحل ، حذرا من تبعض المحل والتعيب بالشركة . الأصل المقيس عليه هو المورث في حالة الحياة والحكم هو عدم التبعض لقلّة الضرر فيقاس عليه الوارث سواء كان الورثة خلفا للمشتري أو البائع في المعتمد ، ولكن الاستحسان أن يلزم المجيز بأخذ الجميع - لأنه لا تبعض أيضا ولا ضرر - ، فيمكن من أراد الاجازة ان شاء من أخذ نصيب الرادّ ، ويدفع جميع الثمن

(١) المجموع ٢٢٢/٩ - ٢٢٣ ط ٢ .

(٢) نهاية المحتاج ١٤/٤ .

للبياع والآ وجب رد الجميع للبائع الآ حين رضاه بالتبعض فذلك له^(١) ،
والمعتمد هو القياس كما صرح العدوى فى حواشيه على الحرشى .

أما الشافعية فنظروا إلى المسألة نظرا جذريا بأن هناك حالة تعارض بين
الفسخ والاجازة ولهم فيها وجهان :

١ - لا يفسخ فى شىء .

٢ - يفسخ فى الجميع ، كالمورث لو فسخ فى حياته فى بعض ،
وأجاز فى بعض قال المتولى : ولا خلاف أنه لا يعرض الفسخ ، لأن فيه
اضرارا بالعاقدة الآخر .

وكذلك الحال إذا أجاز الوارث الوحيد فى بعض وفسخ فى بعض
يقلب الفسخ فى الكل^(٢) .

وللامامية تفصيل طويل فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار
الموروث بين : استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه بحيث يكون له
الفسخ فى الكل أو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه (مع تسويغ
تبعض الصنفه) أو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشركون فيه من دون
ارتكاب تعدده . فيجوز لكل منهم « الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر فلا
عبرة بما يقع متأخرا : وقد اختار هذا الثالث^(٣) .

المبحث الثانى

انتقال الخيار بالجنون وحالات الغيوبة

لا فرق بين البائع والمشتري فى ذلك ، فالشافعية ذهبوا إلى أنه إذا
طراً الجنون - أو الاغماء - على صاحب الخيار لم ينقطع خياره ، بل يقوم

(١) الدردير على خليل بمجاشية الدرورى ١٠٢/٣ ، والحرشى بمجاشية العدوى ٢٨/٤ - ٢٩

(٢) المجموع ٢٢٥/٩ - ٢٢٦ .

(٣) المكاسب للاتصارى ٢٩١ ٨ ٢٩٢ .

وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة وكذلك إذا أصابه خرس - ولم تكن له إشارة مفهومة أو كتابة - نصب الحاكم نائباً عنه ، هذا ما ذهب إليه الشافعية ^(١) .

أما المالكية فقد فرقوا بين الجنون والاعماء :

آ - ففي الجنون إذا علم أنه لا يفيق ، أو يفيق بعد وقت طويل يضر الانتظار إليه بالعائد الآخر ، ينظر السلطان أو نوابه في الأصلح له من إمضاء أو رد ، ولو لم ينظر السلطان حتى مضى جزء من المدة فزال الجنون يحتسب ما مضى من المدة على الظاهر ، ولو لم ينظر حتى أفاق بعد أمد الخيار لا يستأنف له أجل على الظاهر ، والمبيع لازم لمن هو بيده . ومثل المجنون - في الحكم - المفقود ، على الراجح ، وقيل : هو كالمغنى عليه .

ب - وفي الاعماء ينتظر المغنى عليه لكي يفيق ويختار لنفسه الآ إذا مضى زمن الخيار وطال اغماؤه بعد مضى المدة بما يحصل به الضرر للآخر فيفسخ . ولا ينظر له السلطان .

فإن لم يفسخ حتى أفاق بعد أيام الخيار استؤنف له الأجل ، وهذا الحكم خلاف ما مرّ في المجنون ^(٢) .

ومما يجدر التنويه به ان الزيدية - بالرغم من ذهابهم إلى أن خيار الشرط لا يورث بالموت ، لأن الوارث لم يعقد ولا شرط له - قالوا بأنه ينتقل بالجنون إلى وليّ من جنّ ، فإن عقل في المدة رجع إليه ، فإن مضت المدة وهو غير عاقل لم يبطل خياره إذا مضت ولا حكم لقوله ، فإن عقل وقد أبطله الولي أو أمضى نفذ ، لصحة تصرفه ^(٣) .

(١) المجموع ٢٢٥/٩ .

(٢) الدسوقي ١٠٣/٣ والخرشى ٢٩/٤ .

(٣) البحر الزخار ٣٥١/٣ .

قد يزول الطارئ الذى نقل الخيار بسببه من صاحبه إلى غيره ، كالجئون الناقل للخيار إلى السلطان ، لو أفاق بعده لا عبرة بما يختاره بل المعتبر بما نظره السلطان . هذا ما ذهب إليه المالكية ، وخالفهم فيه الشافعية ، ففي هذه الحال : لو أفاق العاقد وادعى أن الغبطة خلاف ما فعله القيم ، وإن لم يكن ما ادعاه المفيق ظاهرا فالقول قول القيم مع يمينه ، لأنه أمين فيما فعله إلا أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه^(١)

خيار الشرط فى القانون

(نبذة للمقارنة)

سبق فى الحديث عن تاريخ تشريع الخيار بوجه عام بيان التوافق التشريعى فى الأخذ بخيار الشرط بين الشريعة الإسلامية وما قبلها من شرائع وما استحدث بعدها من قوانين مدنية ، ورأينا كيف ظهر خيار الشرط فى القانون المدنى تحت اسم (الشرط الفاسخ) فخيار الشرط ما هو إلا شرط إرادى فاسخ مشروط لمصلحة أحد الحاقدين وقد تناولته المادة /٢٦٥/ القائلة : « يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » . . . ثم المادة /٢٦٩/ يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . . .

وبالرغم من أن الخيار وصف ، كالشرط (الذى هو وصف من أوصاف الالتزام) فلا يرد على العقد إلا بعد نشوئه ، وينحصر عمله فى الحقوق المالية بعيدا عن الأحوال الشخصية . التى لا تقبل التعليق بطبيعتها ، فانه يخالف هذا الوصف من أوصاف الالتزام فى أمور :

١ - يرتبط الخيار بمدة معينة بدون تعيينها يفسد العقد والشرط معا أو الشرط وحده ولا يرتبط الشرط القانونى بالمدة .

(١) السوى ١٠٣/٣ والمجموع ٢٢٥/٩

- ٢ - شرط الخيار موضوع للفسخ ولا ينشأ معه الالتزام عند انعقاد العقد إلا في حق طرف واحد ، وقد لا ينشأ في حقها إذا كان الخيار لهما معا . أما الشرط الفاسخ فينشأ فيه الالتزام في حق الطرفين معا منذ إنشاء العقد .
- ٣ - يعتبر إجراء أى عمل تحفظى لصيانة المبيع المخير اجازة ضمنية للعقد ، أما في الشرط القانونى فمن حقه القيام بتلك الأعمال ولا تؤثر في وضعه شيئا .
- ٤ - التصرف الناقل في المبيع المخير يسقط الخيار . أما في الشرط القانونى فلصاحبه ذلك التصرف وينتقل الملك إلى الغير مثقلا بالشرط ^(١) .

(١) خيار الشرط في الفقه الخنفي للأستاذ شفيق أيوب ١٧٧ مصادر الحق للسنهوري ٢٢٠/٤ .

الفصل الخامس

خيار الحيوان

الفصل الخامس خيار الحيوان

تعريفه ، ومثبتوه :

هذا الخيار انفرد به الامامية ، وقد وقع الاتفاق من فقهاءهم عليه ^(١) ، وهو خيار حكى عندهم يثبت بأصل الشرع سواء اشترطه العاقدان في العقد أو أطلقا العقد عن اشترائه .

والمراد به : هو حق مشتري الحيوان في الردّ خلال مدة معينة هي ثلاثة أيام . وهذا الخيار غير خيار المجلس (الذي أخذ به الامامية) وغير خيار العيب ، ولذا أشاروا إلى إمكان اجتماع تلك الخيارات الثلاثة أو أكثر منها في عقد واحد مما يدل بوضوح على التغاير . ^(٢) .

مستنده :

ذكر الامامية أن مستند ثبوته جملة من الأخبار المروية عن أهل البيت وأما من المعقول فقالوا : ان عيب الحيوان قد يثبت خفيا غالبا ، وفي الثلاثة الأيام يمكن اختباره وظهور أثر ما فيه من عيوب ، فيشرع هذا الخيار دفعا للضرر ، ولأن الحيوان يأكل ويغتذى في حالتي صحته وسقمه ونحوه طبعه ، وقبلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر ، فيثبت له الرد خلال تلك المدة ولو بعيب حادث ، بل له الرد بمجرد رغبته في الرد ، شريطة أن لا يصدر منه مسقط للخيار .

(١) الروضة شرح اللمعة ٣٢٢/ المكاسب للاتصاري ٢٢٤ تذكرة الفقهاء للحل ١٩/١ شرائع الاسلام ١٦٩ .

(٢) الروضة شرح اللمعة ٢٩٨/١ الخلاف للطوسي ٣٥٠/١ .

من أحكام خيار الحيوان :

بجمله : ذكر الامامية هذا الخيار في عداد خيارات البيع ، فلا يجرى إلا فيه والظاهر عمومها لكل ذى حياة ، ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصودة حياته في الجملة ، فلا يشمل السمك ونحوه مما لا يباع من حيث إنه حيوان بل من حيث إنه لحم^(١) .

صاحبه : وهو ثابت للمشتري خاصة على المشهور ، وفي المذهب آراء بإثباته له وللبيع ، قالوا : وهى رواية صحيحة خاصة لو كان البيع حيوانا بحيوان ، ويقوى ثبوته للبايع وحده لو كان الثمن خاصة حيوانا وأشار الأنصارى إلى رواية بأنه لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا كان أو مضمونا^(٢) .

أمدده : مدة خيار الحيوان ثلاثة أيام ، مبدؤها من حين العقد على الأقوى ، وقيل من حين التفرق بناء على حصول الملك به ، وفي ذلك - وفي دخول الليالى الثلاث ليلتين - مباحث مفصلة فى « المكاسب »^(٣) .

سقوطه : يسقط هذا الخيار على ما ذكر الامامية بأحد الأسباب التالية :

- ١ - باشتراط سقوطه فى العقد ذاته .
- ٢ - بإسقاطه بعد العقد .
- ٣ - بالتصرف فى الحيوان والمراد به كل ما يعد تصرفا عرفيا سواء كان التصرف لازما كالبيع ، أو غير لازم ، كالهبة قبل القبض . بل بمطلق الانتفاع بالحيوان كركوبه أو حلبه^(٤) .

(١) المكاسب ٢٢٤ سنية النجاة ١٥٢/٣ .

(٢) الروضة ٣٢٧/١ المكاسب ٢٢٥ تذكرة الفقهاء ٥١٩/١ .

(٣) المكاسب ٢٢٥ - ٢٢٦ .

(٤) الروضة شرح اللعة ٣٢٢/١ .

ولو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز به مقدار الحاجة ففي منعه من الرد وجهان . « وحاصله : التصرف على وجه يدل عرفا لو خُلي شأنه على الالتزام بالعقد ليكون اسقاطا فعليا للخيار ، فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا على الالتزام » (١) .

ولا يسقط بالرضا بالعيب ولا بالتبرؤ من عهدة الثلاث فلا بد من اشتراط سقوطه فيه أو اختيار الامضاء بعد (٢) .

تكييف هذا الخيار ومناقشته :

ويظهر من الأحكام التي ربطوها بهذا الخيار أنه بمثابة خيار الشرط ، للتروى ، لكنه حكى المنشأ ، وهو أقرب إلى خيار الشرط من خيار المجلس وإن كان يشاركه في كونه حكيا . إلا أن هذا الخيار مختص بالحيوان دون غيره من المبيعات .

ولا يتسع المجال لمناقشة القائلين به لاسيما من حيث الروايات التي تمسكوا بها لأنها مما تفردت بها كتبهم ورواة وثقوا على غير الأصول المرعية في علم الجرح والتعديل بحسب الحادة ، بل باعتبارات خاصة . إنما يظهر فقدان الحاجة إليه لإغناء غيره عنه من الخيارات ، كخيار المجلس لحصول القدر الأساسى من التروى، ثم خيار الشرط المتاح اللجوء إليه للعائد الذى يتوجس خيفة مما يبادل عليه حيوانا كان أم غيره ، وأخيرا خيار العيب وفيه الكفاية لتحاشي ما جره عليه العائد الآخر بتدليس أو بغير تدليس مادام العيب قديما ، ولا ينبغى الشطط لتناول العيب الحادث إلا ما كان حادثا في الظهور قديما في الوجود ففي خيار العيب تلافيه أيضا .

(١) الكاسب ٢٢٧ .

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٦٩/١ .

وقد آثرت دراسته لا للاقتناع به بل توصلا إلى إيضاحه، ولأنني رأيت فيه صورة من صور خيار الشرط بفارق الثبوت حكما ، ويشبه في هذا خيار الخلافة عند ابن حزم وهو خيار لمن يقول عند العقد: لا خلافة كما سبق بيانه ، وما هو إلا صورة من خيار الشرط لكنه حكى النشوء .

المحتوى

رقم الصفحة

الجزء الأول

٥	تقديم
٧	البيان المقدم عند المناقشة
١٥	تقرير لجنة المناقشة
٢٥	الخيار وأثره فى العقود
٢٧	المقدمة
٢٧	موضوع الرسالة
٢٧	التقسيم التألفي للفقه
٢٩	أهمية موضوع الخيار
٣٢	أغراض هذه الرسالة
٣٣	طريقة البحث ومصادر استمداده
٣٦	خطة البحث ومعاله

الباب الأول

مباحث الخيار العامة

الفصل الأول

ماهية الخيار

٤٢	: تعريف الخيار ومشروعيته	الفرع الأول
٤٢	: تعريف الخيار بوجه عام	المبحث الأول
٤٣	: مشروعية الخيار	المبحث الثانى
٤٤	: تاريخ مشروعية الخيار	المبحث الثالث
٤٨	: تقسيم الخيار	الفرع الثانى
٤٩	: التقسيم بحسب طبيعة الخيار	المبحث الأول
٥١	: مفهوم الارادة فى الخيارات الارادية	المبحث الثانى
٥٣	: ضرورة الخيارات الحكمية	المبحث الثالث
٥٥	: التقسيم بحسب غاية الخيار	المبحث الرابع
٥٩	: فائدة الخيار (عموما)	الفرع الثالث
٥٩	: حكمة تشريع الخيار	المبحث الأول
٦١	: الخيار الحكمى مؤيد وجزاء	المبحث الثانى
٦٢	: الخيار الارادى وصلته بالشورى	المبحث الثالث

الفصل الثانى

قاعدة الخيار وعناصره

٦٦	: منطلق فكرة الخيار (اللزوم)	الفرع الأول
٦٦	: معنى اللزوم	المبحث الأول
٦٧	: اللزوم فى تقسيم العقد	المبحث الثانى
٦٨	: سلب اللزوم ، وموقع الخيار فيه	الفرع الثانى

رقم الصفحة

المبحث الأول	: الخيار سالب اللزوم	٦٨
المبحث الثاني	: دور الخيار فى سلب اللزوم	
المبحث الثالث	: منازل الخيارات فى سلب اللزوم	٧٢
الفرع الثالث	: أصالة اللزوم ، واستثناء الخيار	٧٤
المبحث الأول	: أصالة اللزوم	٧٤
المبحث الثاني	: استثناء الخيار	٧٥

الفصل الثالث

الموقع الفقهي للخيار

الفرع الأول	: صلات الخيار بنظريات عامة	٨٠
المبحث الأول	: صلته بنظرية العقد	٨٠
المبحث الثاني	: صلته بنظرية الفسخ	٨٣
المبحث الثالث	: صلته بنظرية الشروط	٨٤
الفرع الثاني	: مخالفة الخيار لمبادئ عامة	٨٦
المبحث الأول	: مخالفة الخيار لمنع الغرر	٨٧
المبحث الثاني	: مخالفة الخيار لمنع الجهالة	٩٢
الفرع الثالث	: اعتبارات فقهية للخيار	٩٤
	- الخيار ونظرية القبض	٩٤
	: - الخيار ونظرية الغلط	٩٥
	- الخيار ونظرية الغبن	٩٧
	- الخيار هو مجال النهى عن (البيع على	
	البيع)	٩٨
	- مقابلة الخيار للثمن	١٠٠

الفصل الرابع

تمييز الخيار عن أشباهه

- الفرع الأول : تمييز الخيار عن أشباهه فى المسمى ١٠٤
المبحث الأول : تمييز الخيار عن طبيعة عدم اللزوم ١٠٤
المبحث الثانى : تمييز الخيار عن الفسخ للفساد ١٠٦
المبحث الثالث : تمييز الخيار عن الفسخ للتوقف ١٠٨
المبحث الرابع : تمييز الخيار عن الفسخ فى الإقالة ١١٠
الفرع الثانى : تمييز الخيار عن أشباهه فى الاسم ١١٠
المبحث الأول : تمييز الخيار عن الهرض التخييرى ١١٠
المبحث الثانى : تمييز الخيار عن التخيير بين الفعل والترك ١١١
(الإباحة)
المبحث الثالث : تمييز الخيار عن حالات التخيير الجزئية ١١١

الباب الثانى

(زمرة) خيارات التوى

الفصل الأول

خيار المجلس

- الفرع الأول : تعريفه ، وتسميته ، وماهيته ١١٨
المبحث الأول : تعريف خيار المجلس ١١٨
المبحث الثانى : تسمية خيار المجلس ١١٩
المبحث الثالث : ماهية خيار المجلس ١١٩
الفرع الثانى : مذاهب الفقهاء فى خيار المجلس ١٢١
المبحث الأول : مثبتو الخيار ١٢١
المبحث الثانى : نفاة الخيار ١٢١
الفرع الثالث : أدلة الاثبات والنفي ١٢٣

رقم الصفحة

المبحث الأول	: أدلة المثبتين	١٢٥
المبحث الثانى	: متمسك النفاة	١٢٨
الفروع الرابع	: مناقشة الأدلة	
المبحث الأول	: مناقشة أدلة الإثبات	١٣٠
المبحث الثانى	: مناقشة أدلة النفي	١٤٤
المبحث الثالث	: الترجيح بين الأدلة	١٤٦
الفروع الخامس	: زمن الخيار وأمه	١٤٩
المبحث الأول	: زمن ثبوت الخيار	١٤٩
المبحث الثانى	: أمد الخيار	١٤٩
الفروع السادس	: انتهاء الخيار	١٥١
المبحث الأول	: التفرق	١٥١
المبحث الثانى	: التخاير	١٥٩
المبحث الثالث	: التصرف	١٦٥
المبحث الرابع	: اسقاط الخيار ابتداء	١٦٧
الفروع السابع	: انتقال الخيار	١٧٠
المبحث الأول	: المسوت	١٧١
المبحث الثانى	: الجنون ونحوه	١٧٣
الفروع الثامن	: آثار خيار المجلس	١٧٤
المبحث الأول	: الأثر الأصلى	١٧٤
المبحث الثانى	: الآثار الفرعية	١٧٤
الفروع التاسع	: خيار المجلس فى القانون ، وعند	
القانونيين		١٧٨

الفصل الثانى

خيار الرجوع

- ١٨١ - نبذة عن خيار الرجوع
- ١٨٤ انتهاء خيار الرجوع
- ١٨٤ خيار الرجوع فى القانون

الفصل الثالث

خيار القبول

- ١٨٧ نبذة عن خيار القبول
- ١٨٧ انتهاء خيار القبول
- ١٨٧ خيار القبول فى القانون

الفصل الرابع

خيار الشرط

- ١٨٩
- الفرع الأول : تسمية خيار الشرط ، وتعريفه لغة وشرعا ١٩١
- المبحث الأول : تسمية خيار الشرط ١٩١
- المبحث الثانى : تعريف خيار الشرط لغة ١٩٢
- المبحث الثالث : تعريف خيار الشرط شرعا ١٩٤
- الفرع الثانى : مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط وأدلتها
- ١٩٦ ومناقشتها
- المبحث الأول : مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط ١٩٦
- المبحث الثانى : أدلة الإثبات ١٩٨
- المبحث الثالث : مناقشة الأدلة ٢٠٤
- الفرع الثالث : طبيعة الخيار وصيغته ٢١٣
- المبحث الأول : طبيعة الخيار ٢١٣

٢١٣	: صيغة الخيار	المبحث الثاني
٢١٦	: شرائط قيام الخيار	الفرع الرابع
٢١٦	: شريطة المقارنة للعقد	المبحث الأول
٢١٩	: شريطة التوقيت (معلومية المدة)	المبحث الثاني
٢٣٦	: شريطة الانصال والموالة	المبحث الثالث
٢٣٧	: شريطة تحديد محل الخيار	المبحث الرابع
٢٣٨	: شريطة تعيين مستحق الخيار	المبحث الخامس
٢٣٩	: مجال الخيار (ما يثبت فيه خيار الشرط)	الفرع الخامس
٢٤٠	: ضابط مجال خيار الشرط	المبحث الأول
٢٤٢	: تطبيق الضابط في بعض العقود	المبحث الثاني
٢٤٧	: مناقشة دعوى تطور مجال الخيار	المبحث الثالث
٢٥٠	: صاحب الخيار	الفرع السادس
٢٥٠	: اشتراط الخيار للمتعاقدین	المبحث الأول
٢٥١	: اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد	المبحث الثاني
٢٥٥	: شرط الاستثمار أو المشورة	المبحث الثالث
٢٥٧	: النيابة في الخيار	المبحث الرابع
٢٥٨	: استعمال الخيار	الفرع السابع
٢٥٩	: تجربة محل الخيار	المبحث الأول
٢٦٠	: الاحتيال بالخيار للربا أو للرهن	المبحث الثاني
٢٦١	: الاختيار	المبحث الثالث
٢٦٣	: أحكام الخيار (أو آثاره)	الفرع الثامن
٢٦٣	: أثر الخيار على حكم العقد	المبحث الأول
٢٦٧	: أثر الخيار على انتقال الملك	المبحث الثاني
٢٧٧	: أثر الخيار على ضمان المحل	المبحث الثالث

٢٨٣	المبحث الرابع : أثر الخيار على زيادة المبيع وغلته ونفقاته
٢٨٩	المبحث الخامس : أثر الخيار على تسليم البديلين
٢٩٥	الفرع التاسع : زوال الخيار
٢٩٦	المبحث الأول : إسقاط الخيار قبل قيامه
٢٩٧	المبحث الثاني : سقوط الخيار
٣٠١	المبحث الثالث : انتهاء الخيار
٣١٧	الفرع العاشر : انتقال خيار الشرط
٣١٧	المبحث الأول : انتقال الخيار بالموت
	المبحث الثاني : انتقال الخيار بالجنون وحالات الغيبوبة
	(نبذة للمقارنة) : خيار الشرط في القانون

الفصل الخامس

خيار الحيوان

٣٣٥	- تعريفه . ومثبته . ومستنده
	- من أحكام خيار الحيوان : مجاله -
٣٣٦	صاحبه - أمده وسقوطه
٣٣٧	- تكييف هذا الخيار ومناقشته

الجزء الثاني

الباب الثالث

٣٣٩	(زمرة) خيارات النقيصة
-----	-----------------------

الفصل الأول

خيار العيب

٣٤٣	الفرع الأول : تسمية خيار العيب وتعريفه لغو وشرعا
٣٤٥	المبحث الأول : تسمية خيار العيب
٣٤٦	المبحث الثاني : تعريف خيار العيب لغة وشرعا



Bibliotheca Alexandrina



0575727